

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**Ideologías subyacentes a la aplicación del derecho europeo de la
competencia**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Juan Ignacio Signes de Mesa

Director

Juan Sánchez-Calero Guilarte

Madrid, 2012

IDEOLOGÍAS SUBYACENTES A LA APLICACIÓN DEL DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA

POR

JUAN IGNACIO SIGNES DE MESA

BAJO LA DIRECCIÓN DEL

PROF. DR. JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE



**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
MADRID**

16 de abril de 2012

« The successful competitor, having been
urged to compete, must not be turned on
when he wins »

JUDGE LEARNED HAND

United States v. Aluminum Co. of America
[148 F. 2d 416 (2d Cir. 1945)]

« [The] competition rules of the Treaty
[are] designed to protect not only the
immediate interests of individual
competitors or consumers but also to
protect the structure of the market and
thus competition as such »

EUROPEAN COURT OF JUSTICE

T-Mobile Netherlands BV and others
[C-8/08, Rec. 2009 p. I-4529]

ABREVIATURAS

ATG	Auto del Tribunal General
ATJUE	Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
LDC	Ley de defensa de la competencia
STG	Sentencia del Tribunal General
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TFUE	Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea

SUMARIO

ABREVIATURAS	5
PRESENTACIÓN	17
A. La orientación del derecho de la competencia hacia la maximización del bienestar de los consumidores	20
B. El derecho de la competencia como medio de liberalización y apertura de los mercados a la competencia	36
C. El derecho de la competencia y su subordinación a otros objetivos: el caso de la estabilidad financiera	44

PRIMERA PARTE

LA ORIENTACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA HACIA LA MAXIMIZACIÓN DEL BIENESTAR DE LOS CONSUMIDORES

–La aplicación del artículo 102 TFUE: defensa de los consumidores versus defensa del proceso competitivo–

CAPÍTULO PRIMERO

EL CONTROL DEL PODER DE MERCADO

• PLANTEAMIENTO	53
1. POSICIÓN DOMINANTE	56
A. Monopolio y posición dominante	56
B. Definición de posición dominante según la jurisprudencia y la Comisión	58
C. Criterios que determinan el poder de mercado	61
(a) La cuota de mercado	61
(b) Obstáculos a la expansión y a la entrada de competidores	64
(c) Poder de negociación de la demanda	68
(d) El supuesto del « contratante obligatorio »	69
D. Criterios adicionales relativos al comportamiento de la empresa	72

2.	PARTE SUSTANCIAL DEL MERCADO COMÚN.....	72
3.	ABUSO.....	74
A.	Definición de abuso y su naturaleza objetiva	74
B.	Obligación especial de la empresa en posición dominante.....	77
4.	CONDUCTAS DE EXPLOTACIÓN Y CONDUCTAS DE EXCLUSIÓN. OTRAS CLASIFICACIONES.....	80
5.	¿PROHIBICIÓN BASADA EN EL OBJETO O EN LOS EFECTOS DE LA CONDUCTA?	85
A.	La Comunicación de 2009 y la noción de abuso.....	88
B.	Abuso en un mercado distinto a aquél en que se disfruta de la posición de dominio	95
6.	JUSTIFICACIÓN OBJETIVA Y PROPORCIONALIDAD	97
7.	ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE COLECTIVA	100
A.	Dominación colectiva.....	100
B.	Abuso	106
8.	CONSIDERACIONES FINALES	107

CAPÍTULO SEGUNDO

LAS CONDUCTAS PARTICULARES DE ABUSO

•	PLANTEAMIENTO	111
1.	CONDUCTAS DE EXPLOTACIÓN ABUSIVA.....	114
A.	Precios excesivos.....	114
(a)	Planteamiento	114
(b)	Precio excesivo y valor económico de la prestación realizada	115
(c)	Práctica de la Comisión y Jurisprudencia.....	118
B.	Condiciones de transacción no equitativas	119
2.	CONDUCTAS DE EXCLUSIÓN.....	121

A.	Acuerdos de compra exclusiva	121
(a)	Planteamiento	121
(b)	Comunicación de 2009	122
(c)	Práctica de la Comisión y Jurisprudencia.....	123
(d)	Justificación	125
B.	Primas de fidelidad y descuentos.....	125
(a)	Planteamiento	125
(b)	Comunicación de 2009	127
(c)	Práctica de la Comisión y Jurisprudencia.....	131
i.	Descuento condicional.....	131
ii.	Descuento ligado a objetivos de venta	133
iii.	Descuento cuantitativos	134
iv.	Descuento multiproducto.....	137
(d)	Justificación	138
C.	Discriminación	140
(a)	Planteamiento	140
(b)	Práctica de la Comisión y Jurisprudencia.....	145
i.	Discriminación de precios o de condiciones	145
ii.	Discriminación geográfica.....	146
iii.	Discriminación por nacionalidad.....	148
(c)	Justificación	148
D.	Precios predatorios	149
(a)	Planteamiento	149
(b)	Comunicación de 2009	150
(c)	Práctica de la Comisión y Jurisprudencia.....	153
(d)	Justificación	157
E.	Denegación de suministro	157
(a)	Planteamiento	157
(b)	Comunicación de 2009	162
(c)	Práctica de la Comisión y Jurisprudencia.....	165
i.	Denegación de suministro a clientes existentes.....	165
ii.	Denegación de acceso a clientes nuevos (I). Licencias sobre derechos de propiedad intelectual.....	169

iii. Denegación de acceso a clientes nuevos (II). Instalación esencial o redes.....	174
(d) Justificación.....	176
F. Control de márgenes.....	177
(a) Planteamiento	177
(b) Comunicación de 2009	177
(c) Práctica de la Comisión y Jurisprudencia.....	178
G. Vinculación y venta por paquetes.....	180
(a) Planteamiento	180
(b) Comunicación de 2009	182
(c) Práctica de la Comisión y Jurisprudencia.....	185
(d) Justificación.....	186
3. CONSIDERACIONES FINALES	186

SEGUNDA PARTE

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA COMO MEDIO DE LIBERALIZACIÓN Y APERTURA DE MERCADOS

–La teoría del abuso automático en la aplicación del artículo 106 TFUE–

CAPÍTULO TERCERO

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD COMPETITIVA PARA LAS EMPRESAS PRIVADAS, PÚBLICAS Y PRIVILEGIADAS

• PLANTEAMIENTO	193
1. INTERPRETACIÓN FUNCIONAL DEL CONCEPTO DE « EMPRESA »	201
2. LA « INFLUENCIA DOMINANTE » COMO CRITERIO PARA DEFINIR EL CONCEPTO DE EMPRESA PÚBLICA	206
3. ELIMINACIÓN DE LA COMPETENCIA A TRAVÉS DE DERECHOS EXCLUSIVOS O ESPECIALES	211
A. Los derechos exclusivos como instrumentos para la creación de monopolios legales	214
B. La difícil definición de los derechos especiales	219

4.	EL CONTENIDO NO AUTÓNOMO DEL ARTÍCULO 106.1 TFUE Y SU PUESTA EN RELACIÓN CON OTRAS DISPOSICIONES DEL TRATADO ..	223
5.	LA LIBERALIZACIÓN DE MONOPOLIOS PÚBLICOS MEDIANTE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 106 TFUE	226
A.	Aplicación conjunta del artículo 106.1 TFUE y el artículo 102 TFUE sobre abuso de posición dominante en el mercado	227
(a)	Planteamiento jurisprudencial tradicional: la sentencia Sacchi.....	228
(b)	La doctrina del « abuso automático »: los asuntos Höfner y ERT	235
(c)	Introducción del test de necesidad.....	241
B.	Aplicación conjunta del artículo 106.1 TFUE y otras disposiciones del Tratado.....	245

CAPÍTULO CUARTO

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

•	PLANTEAMIENTO	251
1.	CATEGORÍAS DE EMPRESAS A LAS QUE SE DIRIGE EL ARTÍCULO 106.2 TFUE	255
A.	Principio de libertad en la determinación de los servicios de interés económico general	255
B.	Servicios considerados por el Tribunal de Justicia como de interés económico general de un servicio	257
2.	LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE « OBSTRUCCIÓN » DE LAS DISPOSICIONES DE DERECHO DE LA COMPETENCIA	263
3.	LÍMITES A LA EXCEPCIÓN.....	270
A.	El principio de proporcionalidad	270
B.	Afectación a los intercambios.....	271
4.	SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL Y AYUDAS DE ESTADO	272
A.	Sector reservado y subvenciones cruzadas.....	274
B.	Fondo de compensación	276
C.	Compensación sobre los presupuestos públicos.....	277
(a)	Criterio de la compensación	277
(b)	Estándar « quid pro quo ».....	278

(c) Criterio de la existencia de la ayuda:.....	278
5. CONSIDERACIONES FINALES	281

TERCERA PARTE

LA ORIENTACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA HACIA FINES NO EstrictAMENTE LIGADOS AL BIENESTAR DE LOS CONSUMIDORES

–Los regímenes de ayudas de Estado y de control de concentraciones en el contexto de la crisis financiera–

CAPÍTULO QUINTO

LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE AYUDAS DE ESTADO

EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS

• PLANTEAMIENTO: DERECHO DE LA COMPETENCIA « DE EXCEPCIÓN ».....	288
1. LA CRISIS FINANCIERA Y EL RÉGIMEN EUROPEO DE AYUDAS DE ESTADO	292
A. Causas y efectos de la crisis financiera	292
B. El Plan de Recuperación Económica y la ausencia de competencias de rescate de la Unión Europea	300
(a) La acción pivotal de la Comisión sobre el fundamento del régimen de ayudas de Estado	300
(b) Las cinco fases en el desarrollo del marco normativo aplicable al sector financiero	305
2. LOS INSTRUMENTOS DE INTERVENCIÓN A FAVOR DE LAS EMPRESAS EN CRISIS A LA LUZ DEL RÉGIMEN ORDINARIO DE AYUDAS DE ESTADO	308
A. El régimen europeo de ayudas de Estado	308
(a) La noción de « ayuda » con arreglo al artículo 107 TFUE.....	308
i. Elemento objetivo: Ventaja económica.....	309
ii. Elemento subjetivo: Procedencia pública de los recursos	309
iii. Carácter selectivo y afectación al comercio entre los Estados	311
(b) Garantías, recapitalización y tratamiento de activos deteriorados	313

i.	Garantías	314
ii.	Recapitalizaciones	315
iii.	Tratamiento de activos depreciados	316
B.	Régimen ordinario de intervención a favor de las empresas en dificultades.....	317
(a)	Base de compatibilidad con el mercado común y la noción de empresa en dificultades	317
(b)	Ayudas de salvamento y ayudas a la reestructuración	319
(c)	El principio de oportunidad única	320
3.	EL MARCO DE ORIENTACIÓN Y DE EVALUACIÓN SOBRE LAS AYUDAS ADOPTADAS A FAVOR DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS.....	322
A.	La nueva base de compatibilidad: el artículo 107, apartado 3, letra b), TFUE	322
(a)	La necesidad de una « grave perturbación económica »	322
(b)	Flexibilidad en los medios, rigor en los principios.....	326
i.	La búsqueda de un punto de equilibrio entre competencia y estabilidad financiera	326
ii.	Identificación de los riesgos sobre la competencia	331
iii.	Los principios basilares del nuevo marco	333
(c)	La frontera entre el antiguo y el nuevo régimen de ayudas a las instituciones financieras en dificultades	335
i.	Ámbito subjetivo de aplicación: el concepto de empresas « esencialmente sólidas »	335
ii.	Mayor riesgo, mayor precio.....	340
(d)	Carácter temporal de las medidas y justificación coyuntural	342
B.	Las cuatro fases del control de ayuda de Estado en el sector financiero durante la crisis financiera.....	344
(a)	La Comunicación de 13 de octubre de 2008 (Garantías y ayudas a la liquidación).....	344
i.	Planteamiento	344
ii.	Garantías	346
1.	Instituciones financieras beneficiarias.....	346
2.	Tipos de pasivos cubiertos.....	347
3.	Ámbito temporal de los esquemas de garantías.....	349

4.	Contribución por parte del sector privado	349
5.	Prevención de falseamientos indebidos de la competencia	352
6.	La adopción de un plan de reestructuración	354
iii.	Las ayudas a la liquidación controlada.....	355
iv.	La acción particular de los Bancos Centrales nacionales	357
(b)	Comunicación de 5 de diciembre de 2008 (Recapitalizaciones).....	358
i.	Planteamiento	358
ii.	Instituciones financieras beneficiarias	361
iii.	Limitaciones a la actividad empresarial	362
iv.	Remuneración por la recapitalización	363
1.	Planteamiento	363
2.	Principios rectores de los distintos tipos de recapitalización	364
3.	Niveles del precio para las recapitalizaciones	367
v.	Incentivos para el reembolso del capital público.....	368
(c)	Comunicación de 25 de julio de 2008 (Tratamiento de activos deteriorados)	370
i.	Planteamiento	370
ii.	Instituciones financieras beneficiarias.....	372
iii.	Principios comunes.....	373
iv.	Principios específicos relativos al tratamiento de activos deteriorados	374
(d)	Comunicación de 23 de julio de 2009 (Reestructuración)	376
i.	Planteamiento	376
ii.	La nueva aproximación en la reestructuración	377
iii.	Instituciones financieras obligadas a presentar un plan de reestructuración	379
iv.	Iniciativa del plan de reestructuración.....	380
v.	La reestructuración y el mercado interior.....	382
4.	EL FONDO DE REESTRUCTURACIÓN ORDENADA BANCARIA (FROB) Y LA DECISIÓN DE LA COMISIÓN SOBRE SU COMPATIBILIDAD CON EL MERCADO INTERIOR.....	384
A.	Noción y régimen jurídico.....	384
B.	Entidades de crédito beneficiarias	388
C.	Títulos suscritos por el FROB	390
D.	Remuneración por la suscripción	391

E.	Reestructuración y salvaguardias de comportamiento	392
F.	Procedimiento.....	394
G.	Mecanismos en caso de incumplimiento de la obligación de recompra.....	395
H.	Compatibilidad con el marco de excepción de la Comisión	397
I.	Conclusión.....	398
5.	LOS NUEVOS COMPROMISOS DEL PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN POR PARTE DE LA COMISIÓN Y SUS RIESGOS	399
6.	BALANCE DE LAS AYUDAS CONCEDIDAS AL SECTOR FINANCIERO A LA LUZ DE LA PRÁCTICA DE LA COMISIÓN	405
A.	Balance de las ayudas concedidas al sector financiero.....	405
(a)	Volumen total de ayudas (1 de octubre de 2008 – 1 de octubre de 2010).....	406
(b)	Garantías.....	412
(c)	Recapitalizaciones	414
(d)	Tratamiento de activos depreciados	417
B.	Breve referencia a la práctica de la Comisión	418
7.	REVISIÓN JUDICIAL DE LAS DECISIONES DE LA COMISIÓN POR PARTE DE LA JURISDICCIÓN EUROPEA	440
8.	CONSIDERACIONES FINALES	445

CAPÍTULO SEXTO

EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS

•	PLANTEAMIENTO	453
1.	EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS.....	456
A.	Las concentraciones en el sector bancario europeo.....	456
B.	Dimensión comunitaria versus Dimensión nacional	461
C.	El caso particular de las nacionalizaciones.....	465
2.	LA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA DURANTE EL PERIODO DE CRISIS Y LOS INSTRUMENTOS DE FLEXIBILIDAD EN EL ÁMBITO DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES	470

A.	Flexibilidad ordinaria c. flexibilidad extraordinaria.....	470
B.	Instrumentos de flexibilidad en cuanto al procedimiento.....	479
(a)	La obligación de suspensión.....	480
(b)	Disminución de los plazos de evaluación.....	486
(c)	Ampliación de los plazos para la implementación de las condiciones convenidas	488
C.	Instrumentos de flexibilidad en cuanto al fondo	491
(a)	La excepción de empresas en crisis	491
3.	LA ESTABILIDAD FINANCIERA COMO MOTIVO DE INTERÉS PÚBLICO	498
4.	CONSIDERACIONES FINALES	508
	RECAPITULACIÓN	511
	BIBLIOGRAFÍA	517
	JURISPRUDENCIA.....	534
	LEGISLACIÓN.....	545

* * *

1. INTRODUCCIÓN

Cuando los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas estaban siendo negociados a finales de los años 50, la comunidad académica europea y algunos sectores norteamericanos¹ ejercieron una presión significativa para que ciertas disposiciones destinadas a proteger la competencia en el mercado interior fueran incluidas en su texto. En aquel momento, Alemania occidental era el único Estado miembro con un sistema consolidado de defensa de la competencia, lo cual contrastaba con las políticas de cartelización, de intervención estatal en el mercado y de promoción de campeones nacionales del resto de países europeos². Algunos Estados miembros de la Unión Europea no han adoptado un sistema de defensa de la competencia nacional hasta la llegada de la década de los años 90.

Con el transcurso de los años, el establecimiento de un régimen en el que la competencia no fuera falseado se ha consolidado como un objetivo de gran relevancia en la Unión Europea destinado fundamentalmente a asegurar la integración de las economías de los Estados miembros³. En este sentido, la defensa

¹ MONNET, J., *Mémoires*, Fayard, 1976, p. 356 y 411. V. también CHALMERS, D., MONTI, G. y otros, *European Union Law*, Cambridge, 2006, p. 928, que cita a GERBER, D. J., *Law and Competition in Twentieth Century in Europe*, Oxford University Press, 1998, capítulo 9.

² Cfr. RIPERT, G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1951, p. 324.

³ WAEKBROECK, M. y FRIGNANI, A., *Commentaire J. Megret – Le droit de la CE*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1997, p. 19.

de la competencia se ha erigido desde sus inicios como uno de los pilares fundamentales de la creación y desarrollo del mercado interior europeo. Ello encontraba su fundamento en el antiguo artículo 3, apartado g), del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), que concebía la defensa de la competencia como uno de los medios necesarios para la consecución de la integración económica europea. Posteriormente, con la adopción del Tratado de Maastricht, la política de competencia adquirió una mayor relevancia si cabe por cuanto el artículo 4 de dicho Tratado dispuso que las políticas adoptadas por la Unión Europea habían de ser conformes a los principios de una economía abierta y de libre competencia. Hoy en día, el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) ha recogido este mismo tenor en su artículo 119 y ha añadido que la Unión Europea tiene como competencia exclusiva el establecimiento de reglas de la competencia necesarias para el buen funcionamiento del mercado interior.

Los instrumentos de que dispone la Unión Europea para velar por que la competencia en el mercado interior no sea distorsionada son, por un lado, el artículo 101 TFUE, que prohíbe la adopción de acuerdos entre competidores, y por otro, el artículo 102 TFUE, que está destinado a regular el comportamiento de las empresas que disfrutan de una posición de dominio en el mercado. Asimismo, el artículo 106 TFUE recoge una serie de disposiciones cuya finalidad es la de regular la intervención estatal en el mercado y el artículo 107 TFUE declara incompatibles con el mercado interior la concesión de ayudas públicas. Por último, el derecho de la

Unión cuenta con un reglamento destinado a implantar un régimen de control para las concentraciones entre empresas de dimensión europea.

Hablar de *raison d'être* de la competencia en el contexto europeo exige, no obstante, un análisis más exhaustivo que el expuesto en los apartados precedentes susceptible de poner de manifiesto que las disposiciones en materia de defensa de la competencia recogidas en el Tratado implican la consecución no solamente de uno, sino de múltiples objetivos simultáneamente. Ciertamente, el derecho de la competencia es uno de los instrumentos de que dispone la Unión para regular el comportamiento de las empresas en el mercado interior. El inconveniente a este respecto surge a la hora de identificar cuáles son los objetivos que este ámbito jurídico comunitario debe cumplir y, subsidiariamente, cómo orientar su aplicación al comportamiento de dichas empresas para asegurar su consecución. Como se examina a lo largo de la presente disertación, esta tarea de identificación de objetivos está condicionada por las diversas concepciones acerca del papel y extensión del mercado en la sociedad, así como de la función del derecho de la competencia a la hora de sostener tales concepciones⁴.

Desde un punto de vista puramente instrumental, cabe destacar que la competencia implica una lucha por alcanzar una meta por delante de aquéllos que comparten un

⁴ Sobre esta cuestión, puede verse principalmente SNYDER, F., "Ideologies of Competition in European Community Law", *The Modern Law Review*, vol. 52, 1989, p. 149-178.

mismo propósito⁵. Dentro del plano empresarial, ello significa, en particular, la convergencia rival por el aumento en la cuota de mercado respecto al resto de agentes económicos en él a fin de maximizar beneficios. De acuerdo con la teoría económica clásica, existen importantes ventajas para la sociedad cuando en un mercado se dan condiciones próximas a la competencia perfecta. En principio, ello hace que los precios de los productos y servicios sean lo más bajos posibles en el mercado y sirve además como estímulo constante para la innovación y la mejora de dichos bienes. La sociedad, en general, y los consumidores, en particular, no han de verse privados de los beneficios que la competencia entre las empresas debiera proporcionar.

Ahora bien, en primer lugar, cabe destacar que si bien puede convenirse que la competencia ha de estar encaminada, en un sentido normativo, a procurar los beneficios precedentes tanto a los consumidores como a la sociedad, en la práctica una primera limitación surge a la hora de determinar los buenos medios para conseguir este objetivo. El debate a este respecto se ha articulado en torno a la cuestión de saber si, por defensa de la competencia, hemos de entender *defensa de los consumidores*, de modo que los consumidores disfruten de los precios más bajos posibles en el mercado en todo momento, fundamentalmente en el corto plazo, o si bien ha de entenderse como *defensa del proceso competitivo*. A diferencia de la

⁵ V. UK COMPETITION COMMISSION, Merger references: Competition Commission Guidelines, Junio 2003, § 1.20, disponible en <http://www.competition-commission.org.uk> , que definen el proceso de competencia como « [...] *a process of rivalry between firms... seeking to win customers' business over time* ».

primera concepción, esta última considera, en esencia, que es necesario garantizar una mejor estructuración del mercado y que, por lo tanto, han de censurarse aquellas prácticas que pudieran llevar a una empresa a adquirir un mayor poder de mercado, y ello a pesar de que dicha práctica pudiera generar eficiencia en el mercado en el corto plazo⁶.

En segundo lugar, la afirmación según la cual el derecho de la competencia debe estar destinado a proteger la competencia implica, con carácter previo, que dicha competencia exista ya en el mercado. Sin embargo, dejando al margen aquellos supuestos en los que la competencia no es posible por cuestiones puramente fácticas (éste es el caso fundamentalmente del monopolio natural), conviene señalar que, históricamente, en el contexto europeo, no todos los mercados han estado sometidos a condiciones de competencia susceptibles de ser protegidas. En efecto, muchos de ellos no se encontraban abiertos a la competencia por la intervención de los Estados y la creación, en particular, de lo que se conocen comúnmente como monopolios legales. En este contexto, las disposiciones del Tratado en materia de competencia han tenido como objetivo fundamental la creación de condiciones de competencia en el mercado mediante su apertura y liberalización. En el caso de la Unión Europea, ello *no* ha sido resultado inicialmente de una acción legislativa por parte de la

⁶ V. la STJUE de 25 de octubre de 1977, *Metro SB-Großmärkte c. Comisión*, 26/76, donde el Tribunal de Justicia ha destacado que « *la competencia no falseada prevista en los artículo 3 y 85 del Tratado CEE supone la existencia de competencia efectiva (workable competition) en el mercado, es decir, que la dosis de competencia necesaria para que las exigencias fundamentales sean respetadas y los objetivos del Tratado alcanzados [...]* ».

Comisión, como habitualmente suele concebirse, sino a través de la interpretación del Tribunal de Justicia del artículo 106 del TFUE con arreglo a una interpretación teleológica conforme con los objetivos de integración europea y de establecimiento y consolidación del mercado interior. Lo anterior resulta relevante porque la competencia no es siempre la opción adoptada de control de un determinado mercado. En ocasiones se adopta la regulación o la creación de monopolios legales⁷. Resulta interesante a este respecto señalar que, tal y como han sido interpretadas por el Tribunal de Justicia, las disposiciones de derecho de la competencia fueron empleadas, en un primer momento, no para evitar que el mercado interior se viera distorsionado, sino para abrir, con carácter previo, ciertos sectores a la competencia.

En último lugar, desde otra perspectiva, el debate sobre los objetivos del derecho de la competencia se plantea entre, por un lado, aquéllos que consideran que tales objetivos deben limitarse a actuar en contra de las empresas que, debido a su comportamiento, no permitan que los mercados funcionen de manera eficiente y dañen de esta manera a los consumidores, y, por otro, aquéllos que consideran que es necesario orientar el derecho de la competencia hacia un abanico más amplio de objetivos, algunos de ellos no ligados a la competencia en el mercado. La consecución de estos objetivos, que no necesariamente han de tener una naturaleza económica, supone dejar de lado consideraciones ligadas puramente a la maximización del bienestar de los consumidores y, por lo tanto, una pérdida de

⁷ AREEDA, P. y KAPLOW, L., *Antitrust Analysis – Problems, text and cases*, Aspen Law & Business, 1997, p. 3.

eficiencia. Estos objetivos pueden ser la protección del empleo, la protección de pequeñas y medianas empresas, la creación de industrias nacionales o, como en el contexto actual, la estabilidad financiera.

El análisis de los tres aspectos anteriores permite una mejor comprensión de las discusiones doctrinales que, incluso en la actualidad, tienen lugar respecto a la orientación que ha de darse a la aplicación del derecho de la competencia en la Unión Europea. Ello parte a su vez del hecho de que, si bien el Tratado prevé una serie de disposiciones a fin de que la competencia no sea distorsionada en el mercado interior, su formulación es vaga y la labor interpretativa de las instituciones europeas a la hora de aplicar las disposiciones en este ámbito adquiere una relevancia difícilmente comparable a la de otras áreas jurídicas europeas. De modo que la interpretación que la Comisión haga de estas disposiciones, en tanto que institución europea encargada de velar por que la competencia en el mercado sea respetada, y el Tribunal de Justicia, en tanto que revisor de la legalidad de las decisiones de la Comisión, es particularmente significativa cuando la formulación de las disposiciones de la competencia es tan abierta como en el caso del Tratado.

El objeto de la presente disertación es, a la luz de lo anterior, apuntalar los siguientes postulados, cada uno de los cuales se corresponde respectivamente con las tres partes en que se divide nuestro estudio:

(1) *PRIMERO*. Dentro de la perspectiva instrumental del derecho de la competencia, es decir, la que aboga por limitar su aplicación a la maximización del beneficio de los consumidores, existen dos maneras opuestas de concebir la defensa de la competencia. Estas dos formas son respectivamente la maximización del beneficio de los consumidores y la defensa del proceso competitivo. Ambos objetivos no pueden ser alcanzados de manera simultánea. Así, el derecho de la competencia y su aplicación implica primar a uno de estos objetivos por encima del otro. En otros términos, la persecución de uno de estos objetivos supone la renuncia consiguiente del objetivo opuesto. Estos objetivos se priorizan o se conjugan de manera distinta según el sistema de la competencia a que nos refiramos. En la actualidad, la priorización de estos objetivos revela una relativa convergencia a nivel global liderada por el régimen de competencia norteamericano próximo a postulados ligados a la protección de la eficiencia.

(2) *SEGUNDO*. El derecho de la competencia europeo ha sido empleado, no solamente para evitar que la competencia sea falseada en el mercado, sino que, en determinados sectores y dadas las particularidades de las políticas nacionales económicas europeas de la segunda mitad del siglo XX, ha estado previamente dirigido a la *creación* de condiciones de la competencia. En particular, las disposiciones de competencia del Tratado, tal y como han sido interpretadas por el Tribunal de Justicia en el marco de los objetivos de establecimiento y desarrollo de un mercado interior, han dado lugar a un verdadero proceso de liberalización de los sectores donde históricamente habían operado monopolios públicos.

(3) *TERCERO*. Las disposiciones de derecho de la competencia son susceptibles de ser aplicadas tomando en consideración otros objetivos que no son estrictamente inherentes a la protección de la competencia. Así, en determinadas coyunturas, puede ser sometida a fines de interés general que escapen a la maximización del bienestar de los consumidores o a la defensa de los competidores. La crisis presente y la búsqueda de una mayor estabilidad financiera ha reabierto justamente el debate sobre qué papel le corresponde al derecho de la competencia en un contexto como el actual y, en particular, sobre qué punto de flexibilidad puede llegarse a adoptar en la aplicación de las disposiciones en este ámbito a fin de garantizar un objetivo que no está estrictamente dirigido a la maximización del bienestar de los consumidores. La situación actual sirve de ilustración para quienes conciben que el derecho de la competencia no debe ceñirse a un único objetivo, sino a varios simultáneamente.

Las disposiciones del régimen de derecho europeo de la competencia que resultan relevantes a los fines del presente estudio son, en primer lugar, el artículo 102 TFUE, relativo al abuso de posición dominante, cuyo análisis hace patente, sobre todo a la luz de las últimas iniciativas adoptadas por la Comisión, la existencia de dos enfoques opuestos a la hora de aplicar esta disposición. En segundo lugar, el artículo 106 TFUE, que regula la aplicación del derecho de la competencia a las empresas públicas y a las empresas beneficiarias de derechos exclusivos (monopolios legales), que ha servido como base para la liberalización de los sectores de red en la Unión Europea. En tercer lugar, el artículo 107 TFUE, relativo al

régimen de ayudas de Estado, y el artículo 3 del Reglamento n° 139/2004 (en adelante, « Reglamento de concentraciones »)⁸, relativo al estándar de autorización de las concentraciones notificadas ante la Comisión permiten ilustrar cómo, en el contexto actual de crisis financiera, objetivos estrictos de defensa de la competencia han sido sensiblemente atenuados en favor de una mayor estabilidad en los mercados.

A continuación se expone el contenido sumario de las tres partes que componen este estudio y que desarrollan los postulados anteriores.

2. LA ORIENTACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA HACIA LA MAXIMIZACIÓN DEL BIENESTAR DE LOS CONSUMIDORES

De acuerdo con lo indicado anteriormente, un sistema de defensa de la competencia se justifica en la búsqueda de eficiencia en la actuación de los operadores económicos en el mercado. Su aplicación, por lo tanto, ha de estar dirigida exclusivamente a procurar que el orden eficiente impere en dicho mercado.

La teoría económica concibe, en términos generales, que una mayor eficiencia ha de proyectarse en la asignación de recursos, un menor coste para la sociedad en la producción de bienes y servicios concernidos, y en el incentivo constante para

⁸ Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO L 24, p. 1).

desarrollar nuevas técnicas productivas. Estos tres aspectos son los que se conocen como eficiencia de asignación, la eficiencia de producción y la eficiencia dinámica⁹:

(a) *Eficiencia de asignación (« allocative efficiency »)*: Tratándose de la eficiencia de asignación, en condiciones de competencia perfecta, los recursos son asignados entre diferentes bienes y servicios de tal manera que no es posible encontrar un mejor nivel de asignación de entre ellos. El beneficio neto para un consumidor cuando compra un producto es el mayor posible. Los bienes y servicios son asignados conforme a lo que los consumidores están de acuerdo a pagar, un precio que nunca supera el coste marginal de la producción.

(b) *Eficiencia de producción (o técnica) (« productive efficiency »)*: Además de la eficiencia en la asignación de los recursos, la competencia perfecta en el mercado supone que los bienes y servicios concernidos son producidos al menor coste posible para la sociedad. Éste es un concepto más limitado que el de eficiencia de asignación. Intenta responder a la pregunta de en qué medida la producción de un bien se está llevando a cabo al coste mínimo, o alternatively, si una combinación dada de factores está derivando en un producto final óptimo. Un mercado con eficiencia de producción significa que la sociedad obtiene el producto en cuestión al coste exclusivamente necesario. Esta eficiencia de producción se justifica porque el productor, dada la concurrencia de otros agentes en el mercado, no es capaz de

⁹ La exposición sigue, a estos efectos, la definición de WHISH, R., *Competition Law*, Oxford, 2010, pp. 4-6.

vender por encima del coste de producción y, a su vez, que dicho productor ha de ajustar este último coste al máximo para intentar vencer el precio de sus competidores. Sobre esta base, se presume que un equilibrio es alcanzado entre el precio y el coste medio de producir esos bienes.

(c) *Eficiencia dinámica* («*dynamic efficiency*»): Un último tipo de eficiencia es aquélla que procura que los productores o suministradores de bienes y servicios mantengan el incentivo de innovar y desarrollar nuevos productos como parte de su batalla por aventajar los negocios competidores. De modo que los productores se encuentran en renovación constante de sus productos y bienes. Se diferencia de la eficiencia de asignación y de la eficiencia de producción en que estas dos representan nociones estáticas relativas a la actuación de la economía en un momento particular. La eficiencia dinámica, en cambio, tiene en cuenta la existencia de incentivos y la habilidad para incrementar la productividad de manera innovativa en el tiempo¹⁰.

Hoy en día, una amplia mayoría de la doctrina considera que las tres clases anteriores de eficiencia, por cuanto derivan de la teoría económica, han de orientar la aplicación del derecho de la competencia. En otros términos, cualquier violación en materia de competencia ha de basarse con carácter previo y exclusivo en un análisis

¹⁰ DE LA MANO, M., “For the Customer’s Sake: the competitive effects of efficiencies in European merger control”, *Enterprise papers*, nº 11, 2002, p. 8-14, citado en CHALMERS, D., MONTI, G. y otros, *precitado*, p. 930.

de las consecuencias económicas basadas en las tres eficiencias anteriores¹¹. Esta comprensión implica situar el pensamiento económico en el centro de la aplicación del Derecho de la competencia. Las autoridades encargadas de la aplicación del derecho de la competencia han de ser conscientes de que los mercados, en condiciones de competencia perfecta, operan conforme a las tres clases anteriores de eficiencia y que, por ello, ha de limitarse a prohibir prácticas comerciales que sean susceptibles de dañar el funcionamiento del mercado¹².

En el ámbito del artículo 102 TFUE, relativo al abuso de posición dominante, el debate anterior se hace más patente que en cualquier otra parcela del derecho de la competencia por cuanto es la disposición que, dentro del sistema normativo europeo, está concernida por el « poder de mercado » de las empresas. En este sentido, la aplicación del artículo 102 TFUE ha de determinar en qué medida la adquisición de poder de mercado por parte de una empresa está más o menos limitado. A estos efectos, « poder de mercado » es definido como la capacidad de una o más empresas de beneficiarse incluso manteniendo sus precios por encima del nivel de competencia perfecta por un periodo de tiempo significativo. Las empresas que responden a las clases de eficiencia anteriores tienden a consolidar una posición cada vez más dominante en el mercado hasta el punto de que, si no se enfrentan a la

¹¹ BORK, R. H., *The antitrust paradox. A policy at war with itself*, Fress Press, 1993.

¹² AHLRBORN, C., y PADILLA, A. J., “From faireness to welfare: implications for the assessment of unilateral conduct under EC Competition Law”, en EHLERMANN, C-D., y MARQUIS, I., *European Competition Law Annual 2007: a reformed approach to article 82*, Hart Publishing, 2008; VENIT, J., “Article 82: the last frontier – fighting fire with fire”, *Fordham International Law Journal*, vol. 28, 2005, p. 1157; y CHALMERS, D., MONTI, G. y otros, precitado, p. 929.

presión competitiva suficiente, pueden dar lugar a auténticos monopolios en sus respectivos mercados.

Ahora bien, sobre esta última cuestión, no existe una respuesta pacífica en la doctrina económica. En este sentido tienden a diferenciarse dos tesis opuestas denominadas Escuela de Harvard y Escuela de Chicago respectivamente, atendiendo a la universidad a la que pertenecen unos y otros economistas. Ambas han tenido un apoyo dispar según la etapa de desarrollo del derecho de la competencia a la que nos refiramos. La Escuela de Harvard fue mayormente reconocida en los años 60; el relevo fue tomado, sin embargo, por la Escuela de Chicago fundamentalmente a partir de los años 90¹³. Hoy en día, ambas escuelas de pensamiento jurídico son el objeto de una renovación en lo que se denomina post-escuelas de pensamiento con posiciones en ocasiones eclécticas¹⁴.

¹³ Las relaciones entre las dos escuelas son descritas por POSNER, R., “The Chicago school of antitrust analysis”, *University of Pennsylvania Law Review*, 1979, p. 925.

¹⁴ ELHAUGE, E., “Harvard, Not Chicago: Which Antitrust School Drives Recent U.S. Supreme Court Decisions?”, *Competition Policy International*, vol. 3, nº 2, 2007. Cabe destacar que en la actualidad se habla de un tercer grupo de economistas conocidos como *Escuela Post-Chicago* que se sitúa a caballo de las dos posiciones anteriores. Parten de la idea de que « ... *economics is the “essence of antitrust” and that protecting consumer welfare, conceived in allocative efficiency terms, should be the exclusive goal of competition law. [B]y contrast, they believe that market failures are not necessarily self-correcting. And that firms can therefore take advantage of imperfections, such as information gaps or competitor’s sunk costs... They argue that the distortions to competition made possible by market imperfections should prompt enforcement authorities to scrutinize a wider variety of conduct that Chicaogans would examine* ». V., a este respecto, JACOBS, M. S., “An essay on the normative foundation of antitrust economics”, *North Carolina Law Review*, vol. 74, p. 222-225, citado en CHALMERS, D., MONTI, G. y otros, precitado, p. 932.

La Escuela de Harvard¹⁵ concibe, en esencia, que existe una cierta correlación entre la estructura en el mercado y la actuación económica, de tal suerte que donde compiten pocas firmas en un mercado concentrado, la eficiencia será menor¹⁶. Derivado de las explicaciones anteriores, hay que entender que solamente cuando existe un número significativo de operadores en el mercado puede decirse que el consumidor se beneficia de la competencia. Por ello, el derecho de la competencia ha de procurar la diversificación de las estructuras en el mercado que tiendan a favorecer la diversidad a favor del consumidor, incluso si ello implica la consideración de determinadas prácticas eficientes en el plazo inmediato como prohibidas. La Escuela de Harvard establecía, por tanto, una relación directa entre la adquisición de poder de mercado (o monopolización) e ineficiencia en el mercado. Los postulados de la Escuela de Harvard velaban porque se llevaran a cabo una mayor descentralización del poder económico, incluso si ello conllevaba el sacrificio de procurar precios más bajos para el consumidor en el corto plazo¹⁷.

¹⁵ Pertenecen fundamentalmente a esta escuela KAYSER W. y TURNER, D., *Antitrust policy*; AREEDA, PH., *Antitrust analysis*; SULLIVAN, L., *Handbook of the Law of Antitrust*, 1977.

¹⁶ CHARLMERS, D., MONTI, G. y otros, precitado, p. 930.

¹⁷ FOX, E., "The modernization of antitrust: a new equilibrium", *Cornell Law Review*, 1981, p.1142-1143.

Frente a la anterior posición, la Escuela de Chicago¹⁸ ha entendido que, a pesar de que una empresa con poder de mercado pudiera dar lugar a un comportamiento ineficiente, esto no sería más que una llamada a la entrada de nuevos competidores. Sus mayores representantes han sostenido que, sin dejar de lado el hecho de que una sociedad con poder de mercado puede dar lugar a resultados ineficientes, una disposición como el artículo 102 TFUE ha de ser aplicada de manera mucho más laxa que la Escuela de Harvard, por cuanto toda ineficiencia en el mercado llevará precisamente a otros competidores a entrar en el mismo. Por ello, en realidad, esta escuela de pensamiento jurídico ha considerado como último objetivo de la instauración de un sistema de la competencia, no ya el del control de poder de mercado, sino el de la *contestabilidad* de los mercados, entendida ésta como la posibilidad de que en un mercado no haya barreras a la entrada ni a la salida de las empresas. Éste sería el mejor modo de garantizar el máximo beneficio a los consumidores mediante la promoción de la eficiencia (en sus tres variantes) como objetivo primordial. Para éstos, el comportamiento anticompetitivo de una empresa crearía incentivos para que nuevos actores entraran en el mercado. Además, de manera contraria a los postulados de Harvard, no se muestran opuestos a la concentración económica; al contrario, consideran que ésta llevaría a aprovechar la eficiencia derivada de las economías de escala. Por ello, un monopolio no tendría por qué necesariamente dañar la competencia, en la medida en que el resultado fuera

¹⁸ Esta exposición sigue a CHALMERS, D., MONTI, G. y otros, precitado, p. 931. Esta escuela se encuentra representada fundamentalmente por POSNER, R., *Antitrust Law: an economic perspective*, University of Chicago Press, 1976; y BOWMAN, W. S., *Patent and antitrust law*, University of Chicago Press, 1973.

ofrecer productos más baratos y las entradas en el mercado se encontraran abiertas¹⁹. Siendo lo anterior así, lo cierto es que la Escuela de Chicago siempre ha entendido que la intervención de las autoridades en materia de la competencia no hace sino dañar el funcionamiento de los mercados.

Lo anterior, lejos de limitarse a un debate sin trascendencia, tiene consecuencias prácticas muy relevantes. En efecto, ello repercute en el grado de escrutinio que han de llevar a cabo las instituciones encargadas de la aplicación e interpretación del derecho de la competencia. En otros términos, determinados comportamientos pueden ser considerados como contrarios al artículo 102 TFUE o no dependiendo de la comprensión que se adopte en su aplicación. Así, a modo de ilustración, determinadas conductas de empresas con posición de dominio en el mercado, que pudieran dar lugar a una consolidación de su posición en el mercado, serían consideradas como ilegales *per se*, es decir, atendiendo a la forma exclusiva de la conducta, y sin llevar a cabo un análisis sobre si conllevaría una mayor eficiencia entendida como una bajada de precios. En cambio, partiendo de un planteamiento estricto de eficiencia de la Escuela de Chicago, toda medida, independientemente de su resultado en términos de concentración económica, habría de ser sometida a un test económico y esclarecer si dicho comportamiento da lugar a efectos positivos por encima de efectos negativos (*rule of reason*). La subida de precios por parte de una

¹⁹ CHALMERS, D., MONTI, G. y otros, precitado, p. 932.

empresa con posición de dominio no sería contraria al artículo, sino una invitación a que nuevos competidores entren en el mercado²⁰.

La aplicación de un test de *rule of reason* o de *ilegalidad per se* hace patente que, desde la década de los 70 en Estados Unidos, la doctrina norteamericana vino a ser consciente de que la elección de los objetivos que se pretenden promover mediante el derecho de la competencia constituye una opción de naturaleza política²¹. Hay otros objetivos de política social, tales como la estructuración del poder económico (*proceso competitivo, protección indirecta de los consumidores*), que pueden ser promovidos mediante la política de competencia. La estructuración dispersa se hace sacrificando la asignación eficiente de recursos (*protección directa de los consumidores*). En realidad, dada la incidencia del derecho de la competencia en el mercado, no puede negarse que el debate abre a su vez cuestiones sobre visiones distintas de ordenación del mercado y del papel y la extensión de este último.

Por lo que se refiere al Derecho de la Unión Europea, cabe señalar que la Escuela de Harvard ha estado muy presente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y en la configuración del derecho relativo al artículo 102 TFUE. Las razones de esta opción en la aplicación e interpretación de esta disposición se encuentran tanto en los

²⁰ KATE A. y NEILS, G., “On the rationality of predatory pricing: the debate between Chicago and Post-Chicago”, *Antiust Bulletin*, vol. 1, 2002, citado en CHALMERS, D., MONTI, G. y otros, *precitado*, p. 933.

²¹ PAGE, W. H., “Ideological conflict and the origins of antitrust policy”, *Tulane Law Review*, vol. 66, 1991, p. 1; y FOX, E., “Monopolization and dominance in the US and the EC: efficiency, opportunity and fairness”, *Notre Dame Law Review*, vol. 61, 1986, p. 1003.

postulados económicos descritos anteriormente como en el hecho de que esta aproximación permite concebir que el derecho de la competencia puede proteger a pequeñas y medianas empresas, limitar la concentración de poder económico, e incluso favorecer una mayor distribución de la riqueza. Éstos son dos objetivos, no inherentes a la propia competencia, pero igualmente significativos en el contexto de la política económica europea. En este sentido, no puede concebirse el derecho y la política de la competencia como aislada de otras políticas, sino que afecta a la distribución de la renta, las políticas de pleno empleo o aquéllas que promueven la estabilidad de precios. De este modo, si bien estos objetivos se promueven normalmente por medios distintos que la política de competencia, en la Unión Europea, hasta ahora, la interpretación o la aplicación de las normas de la competencia se lleva a cabo partiendo de esta perspectiva.

Ahora bien, en la actualidad, la nueva Comunicación de la Comisión publicada en 2009 relativa a la aplicación del artículo 102 TFUE²² avanza un cambio de paradigma en la aplicación de esta disposición. Lo que supone esta nueva

²² Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (DO C 45, p. 7). V. también EUROPEAN COMMISSION, “Discussion Paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses”, diciembre 2005, disponible en <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>; y ALBERS, M., “Der „more economic approach“ bei Verdrängungsmisbräuchen: Zum Stand der Überlegungen der Europäischen Kommission“, Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission, disponible en <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/albers.pdf>.

aproximación, sobre todo respecto de la anterior concepción, formada tanto por la práctica de la Comisión como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, hace el objeto de la primera parte de esta disertación (capítulo primero y segundo). En este sentido, esta parte ha de mostrar cómo el debate entre la Escuela de Harvard y la Escuela de Chicago ha impactado en la aplicación del artículo 102 TFUE y cómo ha dado forma en la práctica a la interpretación de esta disposición a fin de ilustrar cómo la persecución del objetivo genérico de la protección de los consumidores conlleva valoraciones opuestas entre sí.

3. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA COMO MEDIO DE LIBERALIZACIÓN

El artículo 106 TFUE articula la aplicación del derecho de la competencia a las empresas de titularidad pública y a las empresas que disfrutaban de derechos exclusivos o especiales en un determinado mercado. En esencia, el tenor de su primer apartado dispone que toda empresa, independientemente de su carácter público, privado o privilegiado, está sometida a las disposiciones del Tratado. De acuerdo con su segundo apartado, solamente se encuentran dispensadas de esta obligación las empresas que tienen encargada la prestación de un servicio de interés económico general (en adelante, SIEG), y siempre y cuando esta misión se vea obstruida por el cumplimiento con las disposiciones europeas. En otro orden, el artículo 106 TFUE es una disposición de reenvío, esto es, sin contenido autónomo, que requiere, a los fines de constatar su violación, la puesta en combinación con otra

disposición del Tratado. Un examen de la aplicación del artículo 106 TFUE muestra cómo esta disposición ha sido puesta en relación fundamentalmente con las disposiciones en materia de competencia y, dentro de este grupo, con el artículo 102 TFUE relativo al abuso de posición dominante.

Dentro del marco de las disposiciones europeas de la competencia, el artículo 106 TFUE fue dejado de lado durante los primeros años de integración hasta el punto de considerarla como una disposición meramente declarativa. La segunda parte de la presente disertación permite constatar cómo esta disposición ha sido convertida, sin embargo, en un instrumento que, antes que velar por que la competencia no sea falseada por el comportamiento de las empresas públicas o de las empresas encargadas de prestar SIEG, tiene por objetivo establecer y desarrollar dicha competencia mediante la liberalización. Esta circunstancia encuentra su origen en la interpretación que el Tribunal de Justicia ha convenido para esta disposición en numerosos asuntos que se plantearon ante él por la vía procesal comunitaria de la cuestión prejudicial. El resultado más destacado en este sentido ha sido la apertura a la competencia de un número importante de sectores, ciertamente relevantes para la economía de los Estados miembros, y la eliminación de los monopolios legales que hasta ahora imperaban en ellos. En definitiva, el artículo 106 TFUE, antes de ser una disposición defensora de que las condiciones de la competencia no fueran

distorsionadas, se reveló como una disposición liberalizadora y creadora de competencia²³.

En un intento de contextualizar lo anterior, cabe destacar que, desde la década de los años 80, se han desarrollado en la Unión Europea numerosas políticas dirigidas a la reforma de las estructuras y el funcionamiento de los mercados, especialmente los relativos a los sectores caracterizados por la existencia de infraestructuras de red (network industries). Esta nueva configuración se debe, por un lado, a la limitación cada vez más estricta de la intervención de los gobiernos en el plano económico de los Estados comunitarios y la restricción de algunos de los instrumentos de política social y económica de que habían dispuesto tradicionalmente. La intervención estatal, que se ejercía generalmente a través de fórmulas de concesión de derechos exclusivos, ha sido sustituida, en aquellos sectores en los que se ha mantenido, por una intervención basada sustancialmente en la regulación²⁴. Por otro lado, se han llevado a cabo importantes procesos de liberalización de los sectores de telecomunicaciones, servicios postales, energía eléctrica y del gas, transporte aéreo y transporte ferroviario. Cada sector ha sido sometido a un grado diferente de apertura a la competencia, dentro del marco de las directivas europeas de armonización, pero lo cierto es que la tendencia liberalizadora

²³ VAN DER WOUDE, M., "Article 90: Competing for competence", *European Law Review*, vol. 16, 1992, p. 60-94.

²⁴ WIELAND, J., "Der Wandel von Verwaltungsaufgaben als Folge der Postprivatisierung" en *Die Verwaltung*, 1995, p. 315: «[d]er Übergang von der Leistungsverwaltung zur Regulierungsverantwortung».

sigue presente y tiene aspiraciones de ser plena en todos ellos. Esta observación sigue siendo válida desde la perspectiva comunitaria independientemente de las recientes reacciones contrarias al proceso de liberalización de algunos Estados miembros en favor de un mayor proteccionismo de determinadas industrias estratégicas²⁵. La respuesta inmediata de las instituciones comunitarias, y en particular del Tribunal de Justicia sobre la base de su jurisprudencia de las « acciones de oro »²⁶, no muestra más que una firme aspiración de apertura a la competencia en la Unión Europea.

Los sectores a los que hemos aludido estuvieron sometidos históricamente a un régimen de monopolio público explotado por un solo operador. Este modelo de organización económica fue así justificado sobre la base de múltiples razones. En

²⁵ TAPIA HERMIDA, A. J., *Fusiones y OPAS transfronterizas*, Aranzadi, 2007, p. 28.

²⁶ La jurisprudencia sobre las « acciones de oro » fundamentada en el artículo 63 TFUE (antiguo artículo 56 TCE) en materia de libre circulación de capitales viene determinada por las siguientes resoluciones del Tribunal de Justicia: STJUEs de 4 de junio de 2002, *Comisión c. Portugal*, C-367/98, Rec. p. I-4731; *Comisión c. Francia*, C-483/99 Rec. p. I-4781, y *Comisión c. Bélgica*, C-503/99, Rec. p. I-4809, así como las STJUEs de 13 de mayo de 2003, *Comisión c. España*, C-463/00, Rec. p. I-4581, y *Comisión c. Reino Unido*, C-98/01, Rec. p. I-4641). V. también ADOLFF, J., “Turn of the Tide? : The 'Golden Share' Judgements of the European Court of Justice and the Liberalization of the European Capital Markets”, *German Law Journal*, vol. 3, nº 8, GIPPINI FOURNIER, E. y RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A., “Golden Share en la comunidad europea: ¿fin de la edad dorada?, *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº 220, 2002, p. 38, RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A., “Las acciones de oro, el derecho de sociedades y el mercado interior. Reflexiones a propósito de la STJUE sobre la Ley Volkswagen”, *La Ley*, nº 8, 2009, p. 48, y VAN BEKKUM, J., KLOOSTERMAN, J. y WINTER, J., “Golden share and European Company Law: the implications of Volkswagen”, *European Company Law*, vol. 5, nº 1, 2008, p. 9.

primer lugar, la existencia de monopolios naturales en muchos de los segmentos de estos sectores permitía solamente la actuación de un operador exclusivo e imposibilitaba el establecimiento de una competencia abierta. Esto se unía a que los gobiernos se vieron en la necesidad de conceder derechos exclusivos a determinadas empresas como contrapartida por la imposición de obligaciones de servicio público. Al mismo tiempo, objetivos inmediatos de desarrollo económico llevaron a todos los Estados europeos a reforzar aquellas empresas que pudieran revitalizar las economías nacionales y crear empleos a gran escala²⁷. Finalmente, razones de propaganda estatal hacia el exterior justificaban que los Estados concedieran derechos exclusivos a aquellas empresas que por su actividad gozasen de una mayor proyección internacional, tal como las compañías aéreas nacionales.

El enfoque económico anterior perdió fuerza en el último cuarto del siglo XX y derivó en las dos consecuencias que señalábamos antes: una disminución del papel del Estado en las economías nacionales y un intento de abrir determinados sectores económicos a la competencia libre de las empresas. El progreso tecnológico y el avance de la teoría económica colaboraron a la reducción –y, en muchos casos, desaparición– del mito del monopolio natural, todo ello gracias a la disminución de los costes de infraestructuras de red y la racionalización extrema de los segmentos que verdaderamente impidiesen por sus características peculiares la concurrencia de operadores. El planteamiento monopolístico entró también en crisis debido a la

²⁷ RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., “Los monopolios de Estado”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J. y MUÑOZ MACHADO, S. (dirs.), *Tratado de Derecho comunitario europeo*, Civitas, 1986, p. 496.

aguda insatisfacción de los consumidores, que denunciaban la baja calidad de los servicios prestados, los altos precios que se registraban en sectores como el transporte aéreo y la lentitud en la renovación tecnológica en áreas económicas como las telecomunicaciones o el sector postal²⁸. Por último, el fenómeno de la globalización y la apertura internacional de los mercados ha obligado a estimular la competitividad de todas las empresas nacionales y a dar respuesta eficiente a una demanda cada vez mayor en determinados mercados.

Partiendo de este breve planteamiento, la segunda parte de la presente disertación tiene por objeto analizar cómo han sido aplicados los dos primeros apartados del artículo 106 TFUE (ex artículo 86 TCE) en el contexto de la apertura a la competencia de los sectores con infraestructuras de red. Este examen ha de mostrar cómo la liberalización de monopolios públicos en la Unión Europea fue fruto, en sus orígenes, no de una acción legislativa por parte del Consejo, Parlamento o la Comisión, sino de la interpretación y aplicación de ambos apartados por parte del Tribunal de Justicia. Sobre la base de esta jurisprudencia, el artículo 106 TFUE se ha convertido desde entonces en uno de los ejes normativos más destacados dentro del Tratado para determinar los límites de la intervención en el mercado de los Estados en su condición de agentes reguladores y económicos, así como las obligaciones comunitarias que las empresas encargadas de la prestación de servicios públicos han de respetar, especialmente en materia de competencia. En este sentido, al igual que

²⁸ MONTI, M., “Libéralisation des services publics et croissance économique dans l’Union européenne”, *Revue du Droit de l’Union Européenne*, nº 2, 2000, pp. 245 y ss.

ha ocurrido con otras disposiciones europeas²⁹, el artículo 106 TFUE ha perfilado el papel remanente de los poderes públicos en su participación en los mercados, concretamente en su libertad para conceder derechos exclusivos y/o especiales, y ha servido como instrumento que hizo tomar conciencia a la Comisión y el resto de los gobiernos de los Estados miembros sobre las posibilidades de iniciar un el proceso de liberalización y una mayor apertura a la competencia en Europa.

El artículo 106 TFUE, en tanto que norma de reenvío hacia otras disposiciones de competencia del Tratado, ha sido aplicado fundamentalmente en combinación con el artículo 102 TFUE relativo a la posición dominante. En la medida en que esta última disposición ha hecho el objeto de una evolución hacia la perspectiva economicista, el artículo 106 TFUE seguido una misma suerte. Hasta el momento, se ha partido de que el interés general solamente podía venir representado por medidas “no-económicas”³⁰. Ello tiene como consecuencia fundamental que, a la hora de establecer un abuso de posición dominante por parte de una empresa pública o de una empresa encargada de proporcionar un servicio de interés económico general, se recurran no tanto a la concurrencia de un comportamiento formal, sino de efectos contrarios a la eficiencia en el mercado. Esta circunstancia es relevante puesto que las autoridades nacionales tienden en la actualidad a sobreestimar la protección que

²⁹ Este mismo planteamiento de análisis ha sido examinado, por lo que se refiere al ámbito de la libre circulación de mercancías, por el abogado general MADURO, M., *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Hart Publishing, 1996.

³⁰ HAMMER, P. J., “Antitrust beyond competition: Market failures, total welfare, and the challenge of intramarket second-best tradeoffs”, *Michigan Law Review*, nº 98, 2000, p. 849.

el artículo 106 TFUE les ha permitido históricamente mantener respecto a la limitación de la competencia en determinados ámbitos³¹.

La segunda parte de este estudio se fundamenta en un análisis previo y de conclusiones que exigen ser actualizadas³², y se estructura fundamentalmente en dos capítulos que se corresponden con el análisis detallado de los dos primeros apartados del artículo 106. El primer apartado se dirige a los Estados miembros para prohibirles la adopción de cualquier medida que pudiera contravenir las normas del Tratado con respecto a las empresas públicas y a las empresas privilegiadas (capítulo tercero). El segundo dispone, en esencia, que las empresas encargadas de la prestación de un servicio de interés económico general deben respetar las disposiciones comunitarias, exceptuando aquellos casos en que las características propias de su misión se vean afectadas (capítulo cuarto). En la segunda parte del presente estudio nos referiremos pues tanto al contenido material de cada uno de los párrafos señalados como a su interpretación por parte del Tribunal de Justicia y a su desarrollo final por parte de la Comisión.

³¹ DAVIES, G., “Article 86 EC, the EC’s economic approach to competition law and the general interest”, *European Competition Journal*, vol. 5, nº 2, 2009, p. 550.

³² SIGNES DE MESA, J. I., “Liberalización de monopolios públicos: un balance (a propósito de la jurisprudencia del TJCE)”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 262, 2006, p. 1447-1487.

4. DERECHO DE LA COMPETENCIA Y SUS SUBORDINACIÓN A OTROS OBJETIVOS. EL CASO DE LA ESTABILIDAD FINANCIERA

La crisis financiera actual ha provocado una acción sin precedentes de los Estados miembros de la UE a fin de respaldar las entidades bancarias en dificultades y recuperar la estabilidad de los mercados. En este contexto, la cuestión relativa a saber qué papel le habría de corresponder al Derecho de la competencia y, en particular, en qué medida podría convertirse en un obstáculo para la recuperación económica ha tenido una singular trascendencia³³. Lo cierto es que la crisis no solamente está poniendo a prueba la capacidad de respuesta de las instituciones financieras y de los Estados miembros desde un punto de vista económico o presupuestario³⁴. Al mismo tiempo, supone un desafío para el ordenamiento jurídico comunitario en tanto que las medidas que se están adoptando y promoviendo frente

³³ Excede los propósitos de nuestro análisis otra de las cuestiones que más se han debatido en el ámbito del derecho de la competencia en el contexto de crisis. Ésta es la de en qué medida las autoridades de la competencia y su política de aplicación de estas disposiciones al sector financiero hacen parte de los desencadenantes de la crisis actual. A este respecto, V. el Informe de la OCDE, « Competition and financial markets – Key Findings », 2009, disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/9/22/43067294.pdf>, p. 8.

³⁴ Comunicación de la Comisión de 29 de octubre de 2008, « From financial crisis to recovery: A European framework for action », COM(2008) 706 final, p. 5.

a ella entran en tensión con el concepto y los propósitos de la política de defensa de la competencia del Tratado³⁵.

Tanto la Comisión como las autoridades nacionales de la competencia se han mostrado firmes desde un principio en su posición de que no puede prescindirse de las normas del régimen de competencia a pesar de la difícil coyuntura actual. A su juicio, el derecho de la competencia no hace parte del problema, sino que contribuye a su solución, puesto que, por un lado, evita que los Estados miembros entren en una espiral de subsidios que ponga en evidencia aún más su capacidad presupuestaria, y, por otro, impide la creación de altos niveles de concentración en el sector bancario que puedan dar lugar a situaciones de abuso en el futuro y conducirnos nuevamente al dilema *too big to fail*. Además, la Comisión ha querido destacar en todo momento la importancia del derecho de la competencia en combatir eficazmente el riesgo moral (*moral hazard*) de la crisis.

Ahora bien, la coyuntura económica ha obligado a los Estados miembros, en primer lugar, a asistir de manera gradual a muchas empresas con problemas de solvencia y riesgo de quiebra, particularmente en el sector bancario. Los objetivos de esta intervención han sido procurar liquidez al sistema financiero y restablecer la confianza entre los agentes económicos para reactivar así las prácticas habituales de préstamo y evitar que la crisis financiera se extienda sobre el resto de la economía.

³⁵ Respecto a otras áreas de derecho europeo de la competencia, concretamente el control de concentraciones, V. GERARD, D., “EC competition law enforcement at grips with the financial crisis: Flexibility on the means, consistency in the principles”, *Concurrentes*, N° 1-2009, p. 55.

Paralelamente, se han llevado a cabo numerosos proyectos de fusión y de adquisición entre entidades financieras como medio para contribuir a la consolidación del sector bancario con vistas a lograr los objetivos de estabilización de los mercados y la garantía de un flujo constante de crédito para la economía real.

Cabe destacar que el estudio doctrinal relativo al régimen de ayudas de Estado del Tratado y al régimen de concentraciones ha experimentado en los últimos años un giro hacia posiciones más próximas al denominado « economics-based approach »³⁶. Ésta es una de las características que comparten con el análisis que tenemos ocasión de presentar en el marco del capítulo primero relativo al artículo 102 TFUE. Sin embargo, la crisis de los mercados financieros ha supuesto un retroceso en este sentido³⁷. En efecto, si bien esta situación no supuso inicialmente ningún cambio en

³⁶ En el marco de las ayudas de Estado, éste era uno de los objetivos más destacados de la Comunicación de la Comisión de 7 de junio de 2005, « Plan de acción de ayudas estatales — Menos ayudas estatales con unos objetivos mejor definidos: programa de estudio para la reforma de las ayudas estatales 2005 — 2009 », COM(2005) 107 final. V. también FRIEDERISZICK, H. W., NEVEN D. y ROLLER, L. H., “Evaluation of the effectiveness of state aid as a policy instrument”, Report to DG ECFIN, 2003, FRIEDERISZICK, H. W., ROLLER, L. H. y VEROUDEN, V., “European state aid control: an economic framework”, en BUCCIROSSI, P., *Handbook of Antitrust Economics*, MIT Press, 2006. En el ámbito de las concentraciones, destaca BERGMAN, M. A., JAKOBSSON, M. y RAZO C., “An economic analysis of the European Commission’s merger decisions”, *International Journal of Industrial Organization*, nº 23, 2005, p. 717-737.

³⁷ V. MEROLA, M. e IBÁÑEZ COLOMO, P., “State Aids in the banking and finance sectors”, *Concurrence*, nº 1, 2007, p. 68 a 81, y AHLBORN, C. y PICCININ, D., “The application of the principles of restructuring aid to banks during the financial crisis”, *EStAL*, nº 1, 2010, p. 47. Un análisis crítico del enfoque económico en materia de ayudas de Estado puede encontrarse en

las disposiciones que constituyen el derecho de la competencia, ni tampoco en los criterios establecidos para su aplicación, este planteamiento se transformó sustancialmente en un momento posterior, y obligó a las autoridades de la competencia a reinventar, siquiera con carácter provisional, la política de la competencia en estos dos ámbitos.

Por un lado, por lo que se refiere al ámbito de las ayudas de Estado, la Comisión ha desarrollado un marco de orientación y evaluación para los Estados en el que señala tanto la base concreta sobre la cual ha de declararse la compatibilidad con el mercado común de las medidas adoptadas a favor de las instituciones financieras – en particular, el artículo 107, apartado 3, letra b), del TFUE–, como los principios que han de regir la concesión de ayudas públicas a los bancos con el fin de minimizar en lo posible los efectos negativos sobre la competencia. Lo cierto es que, si bien la UE no disponía de ninguna base competencial sobre el fundamento de la cual poder ejecutar un « bail out » de manera similar a cómo se había realizado en Estados Unidos, el régimen de ayudas públicas se ha erigido en el vehículo que ha permitido a la Comisión coordinar la acción de los Estados conforme a los estándares que ella misma ha establecido.

Por otro lado, por lo que se refiere al régimen de concentraciones, la cuestión más destacada ha sido la de dilucidar si el estándar que se emplea cotidianamente para

BUENDÍA SIERRA, J. L., “Not like this: some sceptical remarks on the « refined economic approach » in State Aid”, ESTAL, 2006, p. 59-64.

autorizar estas operaciones ha de ser flexibilizado a fin de amparar todas las fusiones y adquisiciones que se están llevando a cabo en la actualidad entre instituciones financieras de relevancia sistémica. Toda discusión parte de un planteamiento que asume que, a la hora de evaluar una operación de estas características, puede llegarse a un punto sin solución de encuentro (*trade-off*) entre consideraciones de defensa de la competencia y consideraciones promotoras de la estabilidad financiera.

La cuestión de la flexibilización en la aplicación de las disposiciones europeas de la competencia ha generado cierta inquietud fundamentalmente por lo que se refiere al riesgo de descrédito al que se enfrenta el derecho de la competencia en el supuesto de que se proceda a la autorización sistemática de todas las ayudas y operaciones de concentración promovidas por los Estados miembros. De hecho, no se ha tardado en poner de manifiesto que, a pesar del empeño de la Comisión en desarrollar una serie de mecanismos para evitar las distorsiones en la competencia, no se ha podido evitar un cierto grado de descoordinación entre los Estados a la hora de implementar tales mecanismos³⁸. Frente a esta posición, se ha hecho valer que el análisis de compatibilidad de las medidas de ayuda y las concentraciones con la competencia es un balance de intereses entre la distorsión causada y el bien común que dichas medidas tratan de alcanzar. En una situación de crisis, el objetivo de interés común de proteger la estabilidad financiera justificaría una distorsión de la competencia

³⁸ V. el Informe de 6 de febrero de 2009 del Comité Europeo de Supervisores Bancarios (CEBS), Analysis of the supervisory implications of the national plans for the stabilization of markets, p. 12, disponible en <http://www.eba.europa.eu/getdoc/bebea662-d145-49d1-8b2c-c71ee88a6c1e/CEBS-2008-202-rev-2-Analysis-of-measures-under-na.aspx>.

más elevada. Más aún, se ha sostenido que la Comisión no disponía de otra alternativa más que aprobar las intervenciones estatales y a autorizar los proyectos de concentración.

En la parte tercera de nuestro estudio, nos referimos a los nuevos criterios de interpretación y aplicación de las normas de defensa de la competencia, en particular las relativas al régimen de ayudas de Estado y al régimen de concentraciones, los cuales han supuesto la adopción de un verdadero Derecho de la competencia « de excepción ». El análisis expuesto tiene como punto de partida una investigación inicial, y forzosamente provisional en sus conclusiones, relativa a cómo la crisis financiera comenzó a transformar en un inicio el derecho ordinario de la competencia, fundamentalmente en el ámbito de las ayudas de Estado³⁹. La parte actual analiza el desarrollo y desenlace ulterior de este régimen de excepción por lo que se refiere a las ayudas de Estado (capítulo quinto) y extiende su análisis al otro ámbito del Derecho de la competencia que más se ha visto afectado en la coyuntura actual, éste es, el régimen de concentraciones (capítulo sexto). Ambos han sido

³⁹ SIGNES DE MESA, J. I., “Instituciones financieras y derecho de la competencia en el contexto actual de crisis”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 115, 2009, p. 133-174. En un estadio inicial de la intervención pública en favor de las instituciones financieras, también fueron publicados otros trabajos en la materia, igualmente provisionales, como MALARTE, E., “Intervención de los Estados miembros y Derecho europeo de las ayudas públicas: Estado y mercado en la crisis económica”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 14, 2010, p. 65; RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A., “Rescate de entidades financieras y ayudas estatales. Una necesaria relectura del caso Crédit Lyonnais a la luz de la actual crisis mundial”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 117, 2009, p. 141-191; AHLBORN C. y PICCININ D., *precitado*, p. 47-63.

objeto de una reconfiguración por lo que se refiere a sus criterios de interpretación y aplicación. El papel protagonista a este respecto lo ha tenido tanto la Comisión, en el caso de las ayudas de Estado, como las autoridades nacionales de la competencia, en el caso de las concentraciones. El Tribunal de Justicia todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto.

Por último, conviene señalar que, debido a la naturaleza fundamentalmente financiera de la crisis, esta tercera parte de nuestro estudio se centrará en los criterios de interpretación y aplicación del derecho de la competencia que se han previsto para el sector financiero⁴⁰. Se trata de una muestra idónea para el estudio de los principios y criterios básicos que después también se han previsto para las ayudas y las concentraciones concernientes a los sectores de la economía real⁴¹.

⁴⁰ Antes de la crisis, no podía hablarse de la existencia de normas específicas de defensa de la competencia destinadas a título de exclusividad al sector financiero, ni en el ámbito de las ayudas estatales ni en el ámbito de las concentraciones. Ahora bien, la especialidad de este sector implica la aplicación singular de éstas. V., en este sentido, BERLIN, D., “La spécificité du secteur bancaire et financier au regard du contrôle des aides d’État”, *Concurrences*, nº 1, 2007, p. 2-34.

⁴¹ Los criterios de excepción publicados por la Comisión para las intervenciones adoptadas a favor de las empresas en el sector de la economía real se encuentran recogidos fundamentalmente en la Comunicación de la Comisión de 17 de diciembre de 2008, « Marco temporal aplicable a las medidas de ayuda estatal para facilitar el acceso a la financiación en el actual contexto de crisis económica y financiera » (DO C 83, p. 1).

PARTE PRIMERA

LA ORIENTACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA HACIA LA MAXIMIZACIÓN DEL BIENESTAR DE LOS CONSUMIDORES

*-La aplicación del artículo 102 TFUE: Defensa de los consumidores versus defensa
del proceso competitivo-*

Capítulo Primero

Artículo 102 del TFUE y el control del poder de mercado

« Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo. »

• PLANTEAMIENTO

El artículo 102 TFUE prohíbe el abuso de posición dominante. En realidad, el hecho de que una empresa disponga de una posición dominante no es ilegal en sí mismo; solamente se sanciona el uso abusivo que pudiera hacerse de ella y siempre y cuando sea susceptible de afectar al comercio entre los Estados miembros. La línea entre lo que ha de considerarse en la práctica como una conducta legítima o abusiva no es siempre fácil de determinar y lleva frecuentemente aparejado el riesgo de penalizar a las empresas que simplemente alcanzan una posición significativa en el mercado por sus propios méritos. En sustancia, la conducta de una empresa dominante puede ser considerada como abusiva si consiste en la aplicación de condiciones a clientes y usuarios por encima del nivel competitivo o en la creación de obstáculos a la expansión o la entrada de otros competidores en el mercado.

La Comisión aplica el artículo 102 TFUE de conformidad con el reglamento nº 1/2003. Curiosamente, a día de hoy, la Comisión ha adoptado poco más de cincuenta decisiones en materia de abuso de posición dominante, si bien todas ellas han gozado de una importante repercusión mediática. La decisión de la Comisión en el asunto *MICROSOFT*, que impuso una multa de 497€ a esta empresa informática y cuyas conclusiones fueron confirmadas en el marco de un recurso de anulación ante el Tribunal General, es una buena ilustración en este sentido⁴². Otras decisiones destacadas de la Comisión han sido las relativas al asunto *WANADOO*⁴³, el asunto *TELEFÓNICA*⁴⁴ o el asunto *INTEL*⁴⁵.

Por otro lado, el número reducido de decisiones no ha sido impedimento para que numerosos comentarios hayan puesto de manifiesto la falta de claridad y el formalismo de la Comisión y de los tribunales europeos a la hora de aplicar e interpretar el artículo 102 TFUE. Es ésta una de las razones principales que llevó a la Comisión a abrir en 2004 un periodo de reflexión y revisión sobre la manera de

⁴² Decisión de 24 de marzo de 2004, COMP/C-3/37.792—Microsoft (versión sumaria, DO L 32, p. 23), confirmada por STG de 17 de septiembre de 2007, *Microsoft c. Comisión*, T-201/04, Rec. 2007 p. II-3601.

⁴³ Decisión de 16 de julio de 2003, COMP/38.233—Wanadoo Interactive, confirmada por STG de 30 de enero de 2007, *France Telecom. c. Comisión*, T-340/03, Rec. 2007 p. II-107 y STJUE de 2 de abril de 2009, *France Telecom. c. Comisión*, C-202/07 P, Rec. 2009 p. I-2369.

⁴⁴ Decisión de 4 de julio de 2007, COMP/38.784—Wanadoo España c. Telefónica (versión sumaria, DO C 83, p. 6), confirmada por STG de 29 de marzo de 2012, *Telefónica et Telefónica de España c. Commission*, T-336/07 (todavía no publicada).

⁴⁵ Decisión de 13 de mayo de 2009, COMP/37.990—Intel (versión sumaria, DO C 227, p. 13), recurrida ante el Tribunal General (asunto T-286/09).

aproximarse a las conductas de las empresas dominantes en el mercado. El resultado ha sido la publicación de la denominada « Comunicación de 2009 »⁴⁶. A lo dispuesto por la Comisión en esta comunicación le concedemos especial detalle en el presente capítulo, así como en el capítulo siguiente con ocasión del análisis de algunas de las prácticas más comunes de abuso.

La aplicación del artículo 102 TFUE conlleva diferentes estadios de análisis y a ellos nos vamos a referir en los siguientes apartados. En primer lugar, es necesario definir el mercado relevante y determinar en qué medida la empresa en cuestión disfruta de una posición de dominio en él. La posición de dominio ha de abarcar, por otro lado, una parte sustancial del mercado interior. En segundo lugar, ha de verificarse si la empresa que dispone de dicha posición de dominio ha abusado de ella, y si eventualmente esta conducta puede ser justificada objetivamente sobre la base de su necesidad o de la generación de eficiencias. En último lugar, es necesario que el abuso sea susceptible de afectar al intercambio entre los Estados miembros.

Este capítulo analiza pues en qué medida puede ser sancionada la conducta unilateral de una empresa –o de un grupo de empresas– que disfruta de una posición dominante en el mercado. A este último supuesto se refiere el artículo 102 TFUE,

⁴⁶ Comunicación de la Comisión de 3 de diciembre de 2008 – Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 TFUE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (DO C 45, p. 2, en adelante « Comunicación de 2009 »). V. también EUROPEAN COMMISSION, “Discussion Paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses”, diciembre 2005, disponible en <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.

que es otro de los pilares fundamentales de la política de competencia en la Unión Europea. Las disposiciones correlativas en los sistemas de defensa de la competencia de España y de Estados Unidos son, respectivamente, el artículo 2 Ley de Defensa de la Competencia y la Sección 2 de la Sherman Act.

1. POSICIÓN DOMINANTE

A. Monopolio y posición dominante

Un mercado en el que existe un monopolio es poco deseable en la medida en que priva a los consumidores y a la sociedad en general de los beneficios que se derivan de la competencia perfecta. Ahora bien, si resulta casi ilusorio pensar que en los mercados puede llegar a darse la competencia perfecta, también es cierto que son muy infrecuentes los casos de monopolio en sentido estricto. Por ello, generalmente, el más habitual es un escenario intermedio en el que, si bien varias empresas operan en el mercado, una empresa de ellas ostenta lo que se denomina una posición dominante.

Una estructura de mercado en el que está presente una empresa en posición de dominio tampoco es la ideal. Por definición, dicha posición confiere a la empresa que la disfruta la posibilidad de condicionar los distintos parámetros de la competencia –el precio, la oferta, la innovación, la variedad y la calidad de bienes y servicios de manera sostenible, etc–, sin verse perjudicada por ello. De ordinario, a

esta capacidad, se la denomina poder de mercado. De manera diferente a lo que ocurre con las empresas en un mercado en competencia perfecta, la empresa que tiene poder de mercado no se encuentra constreñida por la acción de sus competidores, clientes y consumidores, y puede, en particular, adoptar aplicar precios supracompetitivos a sus productos o servicios.

Ahora bien, el hecho de que una empresa alcance una posición de dominio en el mercado no es sancionable a la luz del artículo 102 TFUE, al igual que tampoco lo es el que exista un monopolio. En realidad, ambas situaciones pueden ser simplemente muestra de que la empresa en cuestión satisface las necesidades de los consumidores de mejor manera que sus competidores. En este sentido, no serían más que una consecuencia del juego efectivo de la competencia. En otras ocasiones se trata de una consecuencia de la existencia de barreras inevitables en el propio mercado que impiden la entrada de nuevos competidores. Tanto los monopolios como los supuestos de posición dominante son, en ocasiones, inevitables y es, por ello, que verdadero objetivo del artículo 102 TFUE es que las empresas dominantes no utilicen el poder de que disfrutan de manera abusiva.

El artículo 102 TFUE requiere determinar en un primer momento el mercado relevante en el cual el grado de poder económico de la empresa en cuestión ha de ser apreciado. Esta operación ha de permitir posteriormente establecer si la empresa dispone de una posición de dominio. Como es lógico, cuanto más estrecha sea la definición del mercado de referencia efectuado por la Comisión, más posibilidades

existen de que la empresa objeto de la investigación disponga de una posición de dominio⁴⁷. Por otro lado, conviene no confundir « preeminencia » en el mercado con « dominación », si bien la diferencia entre estas dos nociones aparece frecuentemente difuminada en la práctica.

B. Definición de posición dominante según la jurisprudencia y la Comisión

El concepto de posición dominante no aparece definido en la redacción del artículo 102 TFUE. La primera definición en este sentido ha de encontrarse en el asunto *UNITED BRANDS*, en la que el Tribunal de Justicia acogió, como piedra angular de este concepto, el criterio del actuar libre o independiente en el mercado. En particular, el Tribunal de Justicia dispuso que una posición de dominio equivale a:

« la posición de poder económico de una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, al darle la posibilidad

⁴⁷ STJUE de 13 de noviembre de 1975, *General Motors Continental c. Comisión*, 26/75, Rec. 1975 p. 1367; STJUE de 31 de mayo de 1979, *Hugin Kassaregister y Hugin Cash Registers c. Comisión*, 22/78, Rec. 1979 p. 1869.

de actuar independientemente de sus competidores, de sus clientes y, en definitiva, de los consumidores »⁴⁸.

Posteriormente, en el asunto *HOFFMAN-LA ROCHE*, el Tribunal de Justicia precisó que una posición de dominio es aquella que:

« coloca a la empresa que la disfruta en situación, si no de decidir, por lo menos de influir notablemente las condiciones en que se desarrollará la competencia en el mercado y, en todo caso, de actuar sin necesidad de tenerla en cuenta y sin que esa actitud le perjudique »⁴⁹.

Por su parte, la Comisión ha establecido en la Comunicación de 2009 que el concepto de independencia que se deriva de la jurisprudencia anterior está relacionado con el grado de presión competitiva ejercido sobre la empresa en cuestión. En este sentido, existe dominación en el mercado por parte de una empresa cuando la presión competitiva por parte de terceros no es suficientemente eficaz, de modo que la empresa en cuestión disfruta de un poder de mercado

⁴⁸ STJUE de 14 de febrero de 1978, *United Brands y United Brands Continentaal c. Comisión*, 27/76, precitada, § 65; STJUE de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche c. Comisión*, 85/76, Rec. 1979 p. 461, § 38.

⁴⁹ STJUE de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche c. Comisión*, 85/76, precitada, § 39. V. también DETHMERS, F., y DODOO, N., “The abuse of Hoffmann-La Roche: The meaning of dominante under EC Competition Law”, *European Competition Law Review*, vol. 27, 2006, p. 537.

sustancial durante cierto tiempo⁵⁰. Lo anterior significa a su vez que las decisiones de la empresa son en gran parte insensibles a las acciones y reacciones de sus competidores, sus clientes y, en último término, de los consumidores. Éste sería el caso particular de una empresa que puede incrementar los precios de forma rentable por encima del nivel competitivo durante un período de tiempo significativo – dependiendo del producto y de las circunstancias del mercado en cuestión–, sin verse constreñida por sus competidores ni por sus clientes.

La posición de dominio no excluye la posibilidad de que subsista una cierta competencia real o potencial en el mercado. Así, no es necesario que la empresa supuestamente dominante haya eliminado toda posibilidad de competencia por parte de terceras empresas⁵¹. A modo de ilustración, en el asunto *BRITISH MIDLAND/AIR LINGUS*, la Comisión sostuvo en su decisión que Air Lingus disfrutaba de una posición de dominio incluso cuando British Midland había sido capaz de arrebatarle una parte importante del mercado en el que concurrían⁵².

Por último, hay que tener en cuenta que el artículo 102 TFUE se aplica tanto a abusos cometidos por el vendedor o proveedor de un producto o de un servicio como

⁵⁰ Comunicación de 2009, precitada, § 10 y 11.

⁵¹ STJUE de 14 de febrero de 1978, *United Brands y United Brands Continentaal c. Comisión*, 27/76, precitada, § 113. Sobre la noción de poder de mercado, v. ORTIZ BLANCO, L., *Market power in EU Antitrust Law*, Hart Publishing, 2012.

⁵² Decisión de 26 de febrero de 1992 de la Comisión, IV/33.544—*British Midland c. Aer Lingus* (DO L 96, p. 34).

a aquéllos cometidos por un comprador o usuario de tal producto o servicio en posición de dominio⁵³. Además, la posición dominante puede no estar solamente disfrutada por una empresa singular, sino por varias empresas al mismo tiempo, en cuyo caso hablamos de posición de dominio colectiva. A este supuesto particular nos referimos más adelante.

C. Criterios que determinan el poder de mercado

Según la jurisprudencia, la determinación de la existencia de una posición dominante en un mercado es el resultado del análisis de varios factores que, tomados por separado, no son necesariamente concluyentes⁵⁴. Los factores más comunes en la práctica de la Comisión y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia son los siguientes:

a) La cuota de mercado

La indicación más útil a la hora de determinar si una empresa dispone de una posición dominante viene dada por su cuota de mercado. En la sentencia relativa al asunto *UNITED BRANDS*, el Tribunal de Justicia reconoció que «*un operador sólo*

⁵³ STG de 17 de diciembre de 2003, *British Airways c. Comisión*, T-219/99, Rec. 2003 p. II-5917.

⁵⁴ STJUE de 14 de febrero de 1978, *United Brands y United Brands Continentaal c. Comisión*, 27/76, precitada, § 66.

puede ocupar una posición dominante en el mercado de un producto si ha conseguido obtener en él una considerable cuota de mercado »⁵⁵.

No obstante, la utilización del criterio de la cuota de mercado no está exenta de problemas en la práctica, puesto que la noción de dominio no se corresponde con una cuota particular y depende de las circunstancias del caso. En este sentido, si bien en el asunto *UNITED BRANDS* el Tribunal de Justicia constató que un 45% de la cuota de mercado era suficiente para concluir que existía una posición de dominio⁵⁶, el propio tribunal rechazó la conclusión de la Comisión en el asunto *HOFFMANN-LA ROCHE* según la cual una cuota de 43% significaba, en ese caso particular y sin ningún otro factor añadido, una dominación en el mercado⁵⁷.

Por lo general, puede convenirse que una cuota de mercado inferior a 10% difícilmente podrá ser considerada como dominante, y que será improbable cuando esté comprendida entre el 20% y el 40%⁵⁸. Por otro lado, el Tribunal de Justicia ha establecido que « *cuotas muy elevadas constituyen por sí mismas, y salvo circunstancias excepcionales, la prueba de la existencia de una posición*

⁵⁵ STJUE de 14 de febrero de 1978, *United Brands y United Brands Continentaal c. Comisión*, 27/76, precitada, § 107.

⁵⁶ STJUE de 14 de febrero de 1978, *United Brands y United Brands Continentaal c. Comisión*, 27/76, precitada, § 108. V. WHISH, R., *Competition Law*, Oxford University Press, 2009, pp. 184-186.

⁵⁷ STJUE de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche c. Comisión*, 85/76, precitada.

⁵⁸ Cfr. STG de 17 de diciembre de 2003, *British Airways c. Comisión*, T-219/99, precitada, donde la cuota de mercado de BA era del 39,7%.

dominante »⁵⁹. Tal fue el caso en el asunto *AKZO CHEMIE*, en donde consideró que una cuota de mercado del 50% era indicativa en sí de una posición de dominio⁶⁰. Asimismo, la práctica de la Comisión y la jurisprudencia sugieren que una diferencia significativa entre la cuota de mercado de una empresa y la de sus competidores inmediatos puede determinar la existencia de una posición de dominio, sobre todo cuando los competidores inmediatos sólo poseen cuotas marginales⁶¹. En la decisión relativa al asunto *TETRA PAK II*, por ejemplo, la Comisión consideró que Tetra Pak disponía de una posición de dominio debido a que, entre otros motivos, su cuota de mercado alcanzaba el 55%, mientras que la de sus dos competidores llegaba solamente hasta el 27% y el 11% respectivamente⁶². Finalmente, la experiencia revela que cuanto mayor es la cuota de mercado y cuanto mayor es el período de tiempo durante el cual se tiene dicha cuota, más probable es que constituya un indicio preliminar importante de la existencia de una posición dominante⁶³.

⁵⁹ STJUE de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche c. Comisión*, 85/76, precitada, § 56.

⁶⁰ STJUE de 3 de julio de 1991, *AKZO c. Comisión*, C-62/86, Rec. 1991 p. I-3359, § 60; STG de 7 de octubre de 1999, *Irish Sugar c. Comisión*, T-228/97, Rec. 1999 p. II-2969, § 70, confirmada en casación en la ATJUE de 10 de julio de 2001, *Irish Sugar c. Comisión*, C-497/99 P, Rec. 2001 p. I-5333; STG de 23 de octubre de 2003, *Van den Bergh Foods c. Comisión*, T-65/98, Rec. 2003 p. II-4653, § 154. V. también JONES, A. y SUFRIN, B., *EU Competition Law, Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 2011, p. 367.

⁶¹ STJUE de 9 de noviembre de 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Comisión*, 322/81, Rec. 1983 p. 3461.

⁶² Decisión de 24 de julio de 1991 de la Comisión, IV/31.043—Tetra Pak II (DO L 72, p. 1); STG de 17 de diciembre de 2003, *British Airways c. Comisión*, T-219/99, precitada, § 210.

⁶³ STG de 23 de octubre de 2003, *Van den Bergh Foods c. Comisión*, T-65/98, precitada, § 154.

En todo caso, como es evidente, no es necesario disfrutar de un monopolio en el mercado, esto es, disponer de una cuota del 100%, para poder aplicar el artículo 102 TFUE. Este tipo de supuestos son, por lo demás, relativamente infrecuentes, salvo cuando se encuentran amparados en la concesión de derechos exclusivos o especiales por parte de los poderes públicos (« monopolios legales »). En estos supuestos cabe la aplicación del artículo 102 TFUE, si bien de manera combinada con el artículo 106 TFUE. Para una exposición sobre cómo ha sido aplicado este artículo a supuestos de abuso de posición dominante, nos remitimos a los capítulos tercero y cuarto de este estudio.

b) Obstáculos a la expansión y a la entrada de competidores

La cuota de mercado no es un parámetro absoluto para determinar la existencia de una posición de dominio en el mercado. En realidad, incluso si una empresa dispone de una cuota alta de mercado, resulta necesario comprobar que los competidores reales o potenciales de dicha empresa no disponen de la capacidad de ejercer una presión efectiva sobre su conducta de modo que la disuadan de subir los precios por encima del nivel competitivo. Para ello, hay que examinar si existen obstáculos a la expansión de los competidores ya existentes en el mercado u obstáculos a la entrada de nuevos competidores.

Ha de advertirse que la definición precisa de lo que ha de entenderse por un obstáculo a la expansión o a la entrada de competidores no es una cuestión pacífica. La discusión a este respecto versa sobre si conviene dar un sentido amplio o restringido a este concepto⁶⁴. En el caso de una definición amplia, se considerará como obstáculo todo aquello que haga menos atractivo la entrada de una empresa en el mercado impidiendo la expansión o la entrada de competidores en el más corto plazo. En el segundo caso, sólo serían considerados como obstáculos aquellas limitaciones a la expansión o a la entrada que no respondan a una forma de eficiencia atribuible a los méritos de la empresa en cuestión. Mediante esta última definición se pretende evitar, en esencia, el riesgo de sobreestimar el poder económico de las empresas, de modo que se restrinja indebidamente su libertad en el mercado y se creen, en consecuencia, desincentivos para las empresas eficientes.

Cabría considerar que la cuestión anterior no es tan relevante en la práctica, puesto que, a fin de cuentas, la dominación de una empresa en el mercado no es en sí

⁶⁴ V., a este respecto, VELASCO SAN PEDRO, L. A., “Las barreras de entrada y su relevancia para el Derecho de la competencia”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, nº 6, 2010; HARBORD, D. y HOEHN, T., “Barriers to entry and exit in European Competition Policy”, *Internacional Review of Law and Economics*, vol. 14, 1994, p. 422; TURNBULL, S., “Barriers to entry, article 86 and the abuse of a dominant position: an economic critique of European Community Competition Law”, *European Competition Law Review*, vol. 17, nº 2, 1996, p. 96; AROWOLO, O., “Application of the concept of barriers to entry under article 82 of the EC Treaty: is there a case for review”, *European Competition Law Review*, vol. 26, nº 5, 2005, p. 247; y HEIT, J., “The justifiability of the ECJ’s wide approach to the concept of barriers to entry”, *European Competition Law Review*, vol. 3, 2006, p. 117.

ilegal⁶⁵. Sin embargo, como veremos más adelante, la constatación de que una empresa disfruta de una posición de dominio tiene consecuencias no desdeñables. En particular, una empresa dominante está sometida a una obligación especial a la que no se encuentran sometidas las empresas que no disfrutaban de esa posición. Es por ello que la libertad de una empresa dominante en la toma de decisiones está limitada en sí. Por otro lado, la precisión en la definición de lo que ha de considerarse como un obstáculo a la expansión o a la entrada tiene repercusiones prácticas relevantes por lo que se refiere a la hora de probar la existencia de dicho obstáculo.

La posición de la Comisión a este respecto viene recogida en la Comunicación de 2009⁶⁶. En ella señala que, a fin de concluir que una empresa no dispone de una posición de dominio, de modo que pueda verse disuadida de incrementar sus precios, es necesario que la expansión o la entrada de competidores cumpla tres requisitos. En primer lugar, la entrada o expansión ha de ser *probable*, esto es, debe ser suficientemente rentable para el competidor o para el nuevo operador teniendo en cuenta incluso las probables reacciones de la empresa presuntamente dominante y de otros competidores, y los riesgos y los costes del fracaso. En segundo lugar, ha de ser *tempestiva*, en el sentido de que la expansión o entrada debe ser suficientemente rápida para disuadir o impedir el ejercicio de un poder de mercado sustancial. En tercer lugar, ha de ser *suficiente*, lo cual significa que la entrada o expansión debe

⁶⁵ STJUE de 9 de noviembre de 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Comisión*, 322/81, precitada, § 57.

⁶⁶ Comunicación de 2009, precitada, § 16 y 17.

ser de una magnitud capaz de disuadir de cualquier intento de incrementar los precios por parte de la empresa presuntamente dominante en el mercado de relevancia.

La Comisión y el Tribunal de Justicia han tenido en cuenta diversos factores para determinar la presencia de obstáculos a la expansión o a la entrada en el mercado, y por consiguiente, la existencia o no de presión competitiva por parte de los competidores. Los más comunes son los siguientes:

- obstáculos legales, tales como los aranceles o los contingentes,
- acceso privilegiado y seguridad en el aprovisionamiento de materias primas o recursos naturales⁶⁷,
- titularidad de una marca muy presente en el mercado o gama de productos extendida, individualización acusada de un producto debido a campañas de publicidad a gran escala⁶⁸,
- titularidad de derechos de propiedad intelectual⁶⁹,
- grado acusado de integración vertical⁷⁰,

⁶⁷ STJUE de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche c. Comisión*, 85/76, precitada, § 48; STG de 17 de diciembre de 2003, *British Airways c. Comisión*, T-219/99, precitada, § 212; STJUE de 9 de noviembre de 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Comisión*, 322/81, precitada, § 55.

⁶⁸ STJUE de 14 de febrero de 1978, *United Brands y United Brands Continentaal c. Comisión*, 27/76, precitada; STG de 30 de septiembre de 2003, *Michelin c. Comisión*, T-203/01, precitada.

⁶⁹ STJUE de 31 de mayo de 1979, *Hugin Kassaregister y Hugin Cash Registers c. Comisión*, 22/78, precitada; STG de 12 de diciembre de 1991, *Hilti c. Comisión*, T-30/89, precitada.

- red de distribución y comercial consolidada⁷¹,
- existencia economías de escala y alcance o avance tecnológico en relación a otros competidores⁷²,
- solidez financiera y facilidad de acceso a los mercados de capital⁷³,
- costes para los clientes ligados al cambio de proveedor como en los sectores donde las empresas operan en red.

c) Poder de negociación de la demanda

Las presiones competitivas pueden encontrar su origen, no solamente en los competidores reales o potenciales, sino también en los clientes. En este sentido, si bien una empresa puede disponer de una alta cuota de mercado, puede no encontrarse con un grado de independencia frente a clientes que cuenten con la suficiente capacidad de negociación. Ésta puede ser consecuencia de circunstancias tales como el tamaño de los clientes o de su importancia comercial para la empresa dominante y de su capacidad para cambiar rápidamente a proveedores competidores, promover nuevas entradas en el mercado o integrarse verticalmente. Ahora bien,

⁷⁰ STG de 30 de septiembre de 2003, *Michelin c. Comisión*, T-203/01, precitada.

⁷¹ STG de 30 de septiembre de 2003, *Michelin c. Comisión*, T-203/01, precitada.

⁷² STJUE de 14 de febrero de 1978, *United Brands y United Brands Continentaal c. Comisión*, 27/76, precitada.

⁷³ STJUE de 21 de febrero de 1973, *Europemballage y Continental Can c. Comisión*, 6/72, Rec. 1973 p. 21; STJUE de 14 de febrero de 1978, *United Brands y United Brands Continentaal c. Comisión*, 27/76, precitada.

según la Comunicación de 2009, el poder de negociación ha de ser suficientemente eficaz como para disuadir a la empresa supuestamente en posición dominante para no incrementar sus precios⁷⁴. A su vez, el poder de negociación no puede limitarse a proteger a un segmento de clientes concreto frente al poder de mercado de la empresa dominante.

d) El supuesto del « contratante obligatorio »

El criterio de la cuota de mercado puede perder toda importancia igualmente en el contexto de una relación « proveedor-cliente » cuando se dan circunstancias particulares que crean una dependencia inevitable en los clientes respecto de la empresa proveedora. En estos casos, que responden a lo que habitualmente se conoce como supuestos del contratante obligatorio, la dominación de la empresa proveedora queda constatada respecto al mercado secundario (« aftermarket »), si bien, curiosamente, no es necesario que disfrute de una posición dominante en el mercado de primario de dicho bien.

Esta situación que describimos es particularmente relevante en los casos en los que el uso o la reparación de un producto de larga duración necesita forzosamente, debido a la ausencia de sustitutos, piezas de recambio producidas únicamente por el propio fabricante. A este respecto, la Comisión ha precisado que, para que se considere que el fabricante disfruta de una posición dominante en el mercado

⁷⁴ Comunicación de 2009, precitada, § 18.

secundario, es necesario que concurra la imposibilidad de cambiar de producto base. Ello ocurre, por ejemplo, cuando la adquisición de un producto nuevo es altamente costosa, de modo que inevitablemente el cliente quede prisionero del fabricante por lo que se refiere al servicio de mantenimiento o de asistencia técnica para dicho producto.

A modo de ilustración, la Comisión consideró en el asunto *HUGIN* que un fabricante de cajas registradoras, que no tenía una posición dominante en dicho mercado, disfrutaba no obstante de una posición de dominio en el mercado secundario de reparación de tales máquinas en la medida en que los talleres de reparación no podían encontrar otra fuente de aprovisionamiento de piezas que el propio fabricante⁷⁵. De manera similar, en el asunto *DIGITAL*, la Comisión hizo constar la posición dominante de Digital en los mercados europeos de los servicios de mantenimiento de los programas informáticos de dicha empresa y de otros servicios materiales para sus ordenadores⁷⁶.

⁷⁵ Decisión de la Comisión de 8 de diciembre de 1977, IV/29.132—Hugin/Liptons (DO L 22, p. 23).

⁷⁶ V. el XXVII Informe sobre la política de competencia (1997), §69. Este asunto no dio lugar a una decisión de la Comisión, de conformidad con el artículo 10 del reglamento nº 17, puesto que Digital se comprometió a modificar su política comercial y de precios en el ámbito de los servicios de mantenimiento para programas informáticos y otros servicios materiales a fin de no limitar la capacidad de los prestadores de servicios independientes. Cfr. XXV Informe sobre la política de competencia (1995), § 87.

Además del supuesto anterior, existen otras causas generadoras de dependencia entre un cliente y su proveedor o fabricante. Éstas pueden consistir bien en la existencia de un monopolio legal, en la concurrencia de una coyuntura de crisis, en la dificultad de recurrir a otros métodos de fabricación, la necesidad de disponer en stock una determinada marca debido a la demanda constante de tal producto, etc.

La Comisión ha hecho uso de este razonamiento en varias ocasiones. Así, en el asunto *GENERAL MOTORS*, la Comisión consideró que la empresa en cuestión disfrutaba de una posición dominante en la medida en que, en virtud de una disposición reglamentaria nacional, todo importador paralelo de los vehículos de una determinada marca había de dirigirse a ella para obtener un certificado de conformidad necesario para que el vehículo pudiera circular⁷⁷. Similarmente, en el asunto *ABG*, la Comisión estimó que, en el contexto de la crisis del petróleo de los años 70, los proveedores de combustible disponían respectivamente de una posición dominante frente a sus clientes habituales dado que éstos, por las circunstancias particulares de la crisis, no podían realmente acudir a ningún otro⁷⁸. Por último, en los asuntos *MICHELIN (I)* y *MICHELIN (II)*, la Comisión llegó a la conclusión de que, debido a la importancia de la demanda de consumidores para los neumáticos Michelin, ningún distribuidor podría razonablemente dejar de disponer de tal marca en ‘stock’. El conjunto de distribuidores se encontraba, por lo tanto,

⁷⁷ Decisión de 19 de diciembre de 1974, IV/28 851—General Motors Continental (DO L 29, p. 14).

⁷⁸ Decisión de 19 de abril de 1977, IV/28.841—ABG/Oil companies operating in the Netherlands (DO L 117, p. 1).

involuntariamente en una situación de dependencia de Michelin, y esta empresa en una posición dominante respecto a ellos⁷⁹.

D. Criterios adicionales relativos al comportamiento de la empresa

En los asuntos *MICHELIN (I)* y *MICHELIN (II)*, el Tribunal de Justicia consideró, sin por ello negar la circularidad de su argumento, que el hecho de que una empresa pudiera adoptar un comportamiento considerado como abusivo sobre el mercado indicaba la existencia de una posición dominante por parte de la empresa⁸⁰. En sustancia, este razonamiento se apoyaba en la presunción de que solamente una empresa en posición dominante se encontraba capacitada para adoptar un tal comportamiento en el mercado de referencia.

2. PARTE SUSTANCIAL DEL MERCADO COMÚN

De los propios términos del artículo 102 TFUE se desprende que, no solamente ha de determinarse si la empresa objeto de la investigación disfruta de una posición de dominio. Dicha posición ha de darse en, al menos, una parte sustancial del mercado común.

⁷⁹ Decisión de 7 de octubre de 1981, IV/29.491—Bandengroothandel Frieschebrug BV/NV Nederlandsche Banden-Industria Michelin (DO L 353, p. 33) y decisión de 20 de junio de 2001, COMP/E-2/36.041/PO—Michelin (DO L 143, p. 1).


⁸⁰ STJUE de 9 de noviembre de 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Commission*, 322/81, Rec. 1983 p. 3461; y STG de 30 de septiembre de 2003, *Michelin c. Comisión*, T-203/01, Rec. 2003 p. II-4071.

La cuestión de saber si una posición de dominio concierne a una parte sustancial del mercado común debe diferenciarse de la de delimitar el mercado geográfico relevante. En efecto, si bien esta última operación tiene por objeto definir el mercado sobre el cual examinar posteriormente si existe una posición dominante, la primera resulta equivalente, en sustancia, a la doctrina *de minimis* que tiene lugar en el marco del artículo 101 TFUE. Según esta doctrina, los asuntos de menor importancia no están comprendidos por las disposiciones de competencia debido a su poca relevancia en la práctica.

En el ámbito del artículo 102 TFUE, el análisis del requisito relativo a la parte sustancial del mercado interior invita a destacar las siguientes observaciones. En primer lugar, dicho requisito podrá estimarse como satisfecho incluso si la posición dominante se encuentra dentro de los límites de un solo Estado miembro o de una parte del mismo⁸¹. El Tribunal de Justicia ha llegado a considerar que una posición de dominio sobre las operaciones de un puerto o aeropuerto concierne una parte sustancial de mercado interior si así puede desprenderse del volumen del tráfico y de las actividades de importación o de exportación que se registran en ellos⁸². En segundo lugar, el hecho de que la dominación concierna a dos mercados

⁸¹ STJUE de 16 de diciembre de 1975, *Suiker Unie e.a. c. Comisión*, 40/73 à 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. 1975 p. 1663.

⁸² STJUE de 10 de diciembre de 1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, C-179/90, Rec. 1991 p. I-5889, § 15. V. también la decisión de 28 de junio de 1995, *British Midland/Régie de voies aériennes* (DO L 216, p. 8).

transfronterizos no significa, en cambio, que una parte sustancial del mercado interior se vea implicada, fundamentalmente si se trata de mercados meramente locales. Un elemento cuantitativo mínimo es necesario desde el punto de vista geográfico. Por último, a la hora de examinar este requisito, no solamente la extensión geográfica es relevante. Según el Tribunal de Justicia en el asunto SUIKER UNIE, es necesario tener en cuenta igualmente otros factores tales como  el patrón y el volumen de la producción y el consumo de dicho producto, así como los hábitos y las oportunidades económicas de los vendedores y los compradores⁸³.

3. ABUSO

A. Definición de abuso y su naturaleza objetiva

Tal y como ha sido apuntado con anterioridad, la acreditación de la existencia de una posición dominante no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate⁸⁴. Una vez constatada la posición dominante de una empresa en el mercado relevante, ha de examinarse si la conducta en cuestión constituye un abuso en el sentido del artículo 102 TFUE.

⁸³ STJUE de 16 de diciembre de 1975, *Suiker Unie e.a. c. Comisión*, 40/73 à 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, precitada, § 371.

⁸⁴ STJUE de 9 de noviembre de 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Commission*, 322/81, precitada, § 57; STG de 7 de octubre de 1999, *Irish Sugar c. Comisión*, T-228/97, precitada, § 112.

Al igual que ocurre respecto a la noción de posición dominante, el artículo 102 TFUE no dispone lo que ha de entenderse por abuso. Solamente enumera una serie de conductas que, de acuerdo con el Tribunal de Justicia, no pretende ser más que una lista abierta a título de ejemplo de las formas de abuso de posición dominante prohibidas por el Tratado⁸⁵. En estas circunstancias, ha sido nuevamente la jurisprudencia la encargada de marcar la pauta en la definición de este concepto sobre la base de una interpretación teleológica conforme a los fines establecidos en el Tratado.

Así, en el asunto *HOFFMANN-LA ROCHE*, el Tribunal de Justicia definió el concepto de abuso de la manera siguiente:

« concepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa en posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trate, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada, y que producen el efecto de obstaculizar, por medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios con arreglo a las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento

⁸⁵ STJUE de 21 de febrero de 1973, *Europemballage y Continental Can c. Comisión*, 6/72, Rec. 1973 p. 215, § 9.

del nivel de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de esa competencia »⁸⁶.

De la definición anterior, cabe destacar, de entrada, que, según el Tribunal de Justicia, un abuso consiste en toda práctica o conducta que se aparte de los medios que rigen una competencia normal. Si bien la definición no precisa qué ha de entender por esto último, parece desprenderse de los términos del Tribunal de Justicia que nos estamos refiriendo a los medios de competencia fundamentados en los méritos propios empresariales (« competition on the merits »)⁸⁷.

Por otro lado, el Tribunal de Justicia precisa que el término « abuso » responde a un concepto objetivo. Esto último significa, en primer lugar, que el comportamiento de una empresa que ocupa una posición dominante puede considerarse abusivo con arreglo al artículo 102 TFUE al margen de cualquier culpa. En segundo lugar, ni el conocimiento de la naturaleza abusiva de la conducta en cuestión⁸⁸ ni la intención de perjudicar la competencia⁸⁹ son requisitos necesarios para determinar la violación de dicho artículo. En este sentido, toda alegación relativa a la falta de intención o

⁸⁶ STJUE de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche c. Comisión*, 85/76, precitada, § 91.

⁸⁷ AZEVEDO, J. y WALTER, M., “Dominance: meaning and measurement”, *European Competition Law Review*, 2002, p. 363.

⁸⁸ STG de 10 de abril de 2008, *Deutsche Telekom c. Comisión*, T-271/03, Rec. 2008 p. II-477, § 327.

⁸⁹ STG de 12 diciembre de 2000, *Aéroports de Paris c. Comisión*, T-128/98, Rec. 2000 p. II-3929, § 173.

conocimiento sobre el resultado de la conducta carece de pertinencia⁹⁰. En tercer lugar, el artículo 102 TFUE no exige que el empleo del poder económico que confiere la posición dominante sea el medio gracias al cual se ha realizado el abuso⁹¹. En último lugar, según la Comisión, si queda probado la intención de cometer un abuso, será más fácil la prueba de la existencia de un comportamiento abusivo objetivo⁹².

Por último, cabe destacar que si bien la tentativa de abuso no es sancionable por sí sola, las amenazas o estrategias de intimidación pueden constituir un abuso a la luz del artículo 102 FUE incluso si no dan lugar al efecto esperado. El carácter sancionable en estos supuestos deriva de la limitación real a que pueden dar lugar tales amenazas en los competidores presentes o potenciales.

B. Obligación especial de la empresa en posición dominante

El hecho de que el Tribunal de Justicia haya considerado que un abuso existe cuando una empresa se aparta de los medios ordinarios de competencia basada en sus propios méritos no significa, sin embargo, que una empresa dominante pueda hacer

⁹⁰ STG de 1 de abril de 1993, *BPB Industries y British Gypsum c. Comisión*, T-65/89, Rec. 1993 p. II-389, § 70.

⁹¹ STJUE de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche c. Comisión*, 85/76, Rec. 1979 p. 461, § 91; v. también STJUE de 21 de febrero de 1973, *Europemballage y Continental Can c. Comisión*, 6/72, precitada, § 11.

⁹² Comunicación de 2009, precitada, § 20.

todo aquello que hacen sus competidores⁹³. En efecto, a la luz de la jurisprudencia posterior a la sentencia *HOFFMANN-LA ROCHE*, una empresa dominante tiene también la responsabilidad de:

« no impedir con su comportamiento el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado interior ».

Así ha formulado la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia lo que se ha convenido en denominar la obligación especial de las empresas dominantes⁹⁴, cuyo alcance debe evaluarse teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada asunto⁹⁵.

Como puede comprobarse, esta obligación especial implica que ciertas prácticas que les son permitidas a una empresa sin posición de dominio se encuentran prohibidas para las empresas dominantes. En este sentido, una empresa con una posición de dominio en el mercado puede estar obligada a no adoptar una conducta que podría libremente adoptar si no tuviera dicha posición. Tampoco podrá una empresa dominante evitar la aplicación del artículo 102 TFUE haciendo valer que la conducta

⁹³ TEMPLE LANG, J., “Monopolisation and the definition of abuse of a dominant position under article 86 EEC Treaty”, *Common Market Law Review*, vol. 16, 1979, p. 345.

⁹⁴ STJUE de 9 de noviembre de 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Commission*, 322/81, precitada, § 57; STG de 7 de octubre de 1999, *Irish Sugar c. Comisión*, T-228/97, precitada, § 112.

⁹⁵ STJUE de 9 de noviembre de 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Comisión*, precitada, § 57.

que se le reprocha es adoptada por las otras empresas no dominantes del mercado o que constituye una práctica corriente en el mercado en cuestión.

En ocasiones, se ha señalado que la obligación especial de las empresas dominantes resulta difícilmente reconciliable con los términos estrictos de la definición de abuso de la sentencia *HOFFMANN- LA ROCHE* y pone en riesgo la libertad de tales empresas a la hora de proteger sus intereses cuando otros competidores amenazan su posición⁹⁶. En el asunto *CONTINENTAL CAN*, el Tribunal de Justicia consideró que constituye un abuso simplemente el hecho de que una empresa dominante refuerce su posición. En este sentido, la obligación especial reconocida por el Tribunal de Justicia para las empresas dominantes parece restringir las conductas de las empresas dominantes destinadas a ganar cuota de mercado a sus competidores, en la medida en que parece suponer una debilitación de las condiciones de competencia en el mercado a través del reforzamiento de su posición. Aceptar el planteamiento anterior equivale a aceptar que una empresa dominante no puede recurrir a cualquier medio de competencia normal⁹⁷.

Por último, cabe destacar que recientemente parece estar gestándose en determinadas decisiones de la Comisión y del Tribunal de Justicia un concepto

⁹⁶ STJUE de 14 de noviembre de 1996, *Tetra Pak c. Comisión*, C-333/94 P, Rec. 1996 p. I-5951, § 24; STJUE de 16 de marzo de 2000, *Compagnie maritime belge transports e.a. c. Comisión*, C-395/96 P y C-396/96 P, precitada, § 114. V. AKMAN, P., “Searching for the long-lost soul of article 82 EC”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 29. Nº 2, 2009, p. 267.

⁹⁷ AKMAN, P., precitado, p. 275.

relativo a supuestos de « superdominación », el cual se aplicaría a empresas que son « *tan dominantes que rayan en el monopolio* »⁹⁸. Tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia parece fundar en este nuevo concepto una obligación de responsabilidad aún más exigente que el relativo para las empresas dominantes ordinarias⁹⁹.

4. CONDUCTAS DE EXPLOTACIÓN Y CONDUCTAS DE EXCLUSIÓN. OTRAS CLASIFICACIONES.

Si variadas son las formas de las prácticas abusivas, no son menos las maneras de clasificarlas. De ordinario, suele decirse que el control del derecho de la competencia sobre las empresas dominantes se circunscribe a evitar las conductas de explotación y conductas de exclusión. El Tribunal de Justicia se refirió a esta distinción en el asunto *CONTINENTAL CAN* al señalar que el artículo 102 TFUE « *no se refiere únicamente a las prácticas que pueden causar un perjuicio inmediato a*

⁹⁸ Conclusiones del Abogado General Sr. Fennelly para la STJUE de 16 de marzo de 2000, *Compagnie maritime belge transports e.a. c. Comisión*, C-395/96 P y C-396/96 P, precitada, § 137.

⁹⁹ V. la decisión de 2 de junio de 2004, COMP/38.096—Clearstream (DO C 165, p. 5), § 300, recurrida en el asunto T-301/04, confirmada por STG de 9 de septiembre de 2009, *Clearstream c. Comisión*, T-301/04, Rec. 2009 p. II-3155, así como la decisión de 13 de mayo de 2009, COMP/37.990—Intel, precitada.

los consumidores, sino también a las que les perjudican atacando una estructura de competencia efectiva »¹⁰⁰.

Las conductas de explotación son aquéllas que están destinadas a obtener el máximo beneficio del poder de mercado de que disfruta la empresa dominante. Es por ello que se dice que las conductas de exclusión crean un perjuicio directo a los consumidores. Su prohibición deriva de los términos « explotación abusiva » del artículo 102, apartado 1, TFUE, así como de los dos primeros supuestos enumerados en el apartado 2, de este mismo artículo. Pertenecen a este grupo la aplicación de condiciones no equitativas, incluido aquí el precio, la limitación de la producción y ciertos supuestos de discriminación.

Por su parte, son conductas de exclusión aquéllas que resultan perjudiciales para la estructura competitiva del mercado, es decir, para los competidores, ya sean actuales o potenciales. En esencia, se trata de conductas en el que el poder de la empresa está destinado a imposibilitar la expansión de competidores existentes en el mercado, a eliminar su presencia o a impedir la entrada de otros nuevos. Utilizando los términos de la Comunicación de 2009, estas conductas producen un cierre competitivo en el mercado (« *forclusion* »). Dentro de este grupo pueden englobarse los contratos de compra exclusiva, la vinculación, la denegación de

¹⁰⁰ STJUE de 21 de febrero de 1973, *Europemballage y Continental Can c. Comisión*, 6/72, precitada.

suministro/licencia, los descuentos, el empaquetamiento, los precios predatorios, la compresión de márgenes y la discriminación de precio.

Cuadro VIII.1 Conductas de explotación y conductas de exclusión

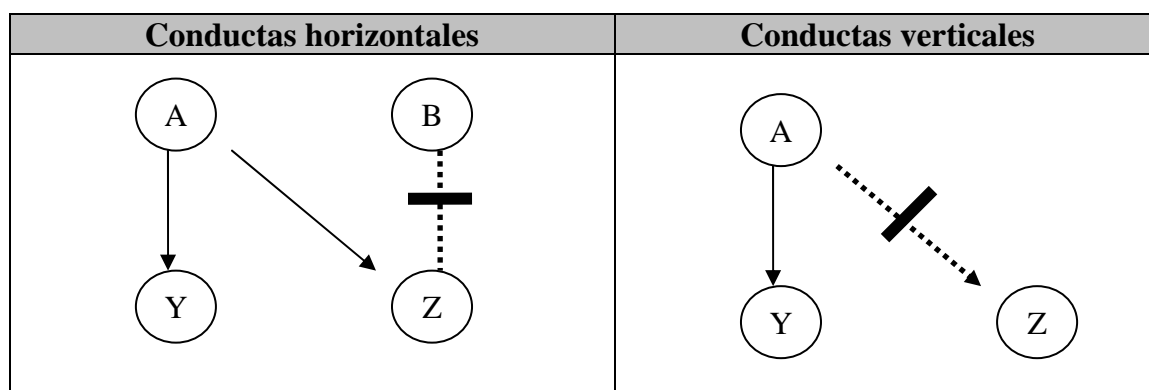
Conductas de explotación	Conductas de exclusión
<p>Precios excesivos</p> <p>Limitación de la producción</p> <p>Discriminación</p>	<p>Contratos exclusivos</p> <p>Vinculación</p> <p>Denegación de suministro/licencia</p> <p>Descuentos</p> <p>Empaquetamiento</p> <p>Precios predatorios</p> <p>Compresión de márgenes</p> <p>Discriminación de precios</p>

En la práctica, una división nítida entre conductas de explotación y de exclusión no es siempre fácil de establecer. Ello es debido a que una conducta particular puede ser susceptible de afectar simultáneamente a consumidores y competidores de manera directa. Por otro lado, hay supuestos en los que la conducta, independientemente de que en particular genere un perjuicio directo a los consumidores o a los competidores, pueden pretender en realidad la consecución de otros fines tales como el de penetrar en otros mercados en donde la empresa en cuestión no disfruta de una posición dominante (« *market leveraging* »).

Ha de advertirse que las conductas de explotación no son consideradas como contrarias a la competencia en todas las jurisdicciones. A modo de ilustración, en Estados Unidos, la explotación de un monopolio o de una posición dominante, independientemente del nivel de precios que aplique a sus clientes o a los consumidores, es conforme a la Sherman Act siempre y cuando dicha posición se haya obtenido legítimamente. En sustancia, se estima que, en este tipo de asuntos, la conducta de la empresa no produce un deterioro de la estructura competitiva en el mercado y que, por lo tanto, no resulta sancionable. Por su parte, en la Unión Europea, han sido varios los asuntos en los que se ha constatado una infracción del artículo 102 TFUE sobre la base de una conducta de explotación. No obstante, también es cierto que no se trata de supuestos muy comunes y que son abordados por las instituciones europeas con mucha prudencia. Por lo que se refiere a la Comisión, se ha llegado a sostener que la intervención en este tipo de supuestos la convierte en un poder regulador y dirigista de los precios contrario a la esencia del papel que tendría asignado en materia de competencia en virtud del Tratado.

Por otro lado, las conductas de exclusión suele completarse igualmente con la distinción entre conductas que afectan a las relaciones horizontales y conductas que afectan a las relaciones verticales. Las primeras son aquéllas que en las que el cierre de mercado se produce en el nivel de los competidores de la empresa en el mercado en donde disfruta de una posición de dominio (mercado primario, « *upstream* »); las segundas son las que dan lugar a un cierre competitivo en el mercado en el que se suministra el bien o el servicio (mercado secundario, « *downstream* »).

Cuadro VIII.2 Conductas que afectan a las relaciones horizontales y verticales



Nuevamente, ciertas conductas pueden suponer un abuso tanto en las relaciones tanto verticales como horizontales. A modo de ilustración, una obligación de exclusividad tiene como resultado la limitación en la elección de un producto en perjuicio de los usuarios e impide la entrada de nuevos competidores para la empresa dominante. De manera similar, un tratamiento discriminatorio de precios afecta a los usuarios que se encuentran en una situación comparable a los privilegiados por tal política, y supone a su vez la explotación de los usuarios no privilegiados.

Por último, las prácticas abusivas se han clasificado en prácticas relacionadas con los precios (« *price-listing practices* ») y aquellas que no están relacionadas con los precios (« *non-price listing practices* »). En este esquema, en el primer grupo entrarían la aplicación de un precio de compra excesivo, discriminación de precios,

descuentos, precios predatorios y compresión de márgenes, mientras que en el segundo, entran la denegación de suministro y de acceso a instalaciones esenciales, prácticas de vinculación y empaquetamiento y la aplicación de condiciones inequitativas. Esta distinción está presente en la Comunicación de 2009, que recoge una serie de orientaciones particulares para las conductas excluyentes basadas en el precio. A éstas nos referiremos en el siguiente capítulo.

Cuadro VIII.3 Conductas relativas y no relativas a los precios

	Conductas horizontales	Conductas verticales
Conductas no relativas a los precios	Contratos exclusivos Vinculación	Denegación de suministro Estrechamiento de márgenes
Conductas relativas a los precios	Descuentos Empaquetamiento Precios predatorios	

5. ¿PROHIBICIÓN BASADA EN EL OBJETO O EN LOS EFECTOS DE LA CONDUCTA?

Tal y como se ha señalado con anterioridad, las empresas dominantes tiene derecho a competir basándose en sus méritos, si bien, al mismo tiempo, tienen la responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado interior. En realidad, estas dos

premisas no permiten establecer con claridad qué puede y qué no puede hacer una empresa con posición de dominio a la luz del artículo 102 TFUE¹⁰¹. En estas circunstancias, se ha puesto de manifiesto en repetidas ocasiones que la evaluación de un comportamiento abusivo se aborda sin mucha coherencia y sin garantizar un mínimo de seguridad jurídica a los operadores dominantes con el consiguiente perjuicio para los consumidores¹⁰².

El anterior dilema parte igualmente del hecho de que, a diferencia del artículo 101 TFUE, el artículo 102 TFUE no especifica si las conductas abusivas han de considerarse como tales sobre la base de su objeto o bien teniendo en cuenta sus efectos concretos en la competencia. Una prohibición basada en el objeto o *per se* significa que no es necesario evaluar los efectos negativos sobre la competencia de una conducta en particular, y que tampoco pueden hacerse valer los beneficios que pudiera proporcionar la práctica en cuestión a los consumidores. La conducta está prohibida en la medida en que cae en una determinada categoría de conductas que se presumen negativas para la competencia¹⁰³. En cambio, una prohibición basada en

¹⁰¹ EILMANSBERGER, T., “How to distinguish good from bad competition under article 82: in search of clearer and more coherent standards for anti-competitive abuses”, *Common Market Law Review*, vol. 42, 2005, p. 49.

¹⁰² Tal es el caso de una empresa dominante que, ante la falta de estándares concretos, no se atreve a bajar sus precios ante la posibilidad de ser sancionada por una práctica de precios predatorios conforme al artículo 102 TFUE. V. AHLBORN, C., y GRAVE, C., “Walter Eucken and ordoliberalism: an introduction from a consumer welfare perspective”, *Competition Policy International*, 2007.

¹⁰³ WAELBROECK, D., “Michelin II: A per-se rule against rebates by dominant companies?”, *Journal of competition law and economics*, vol. 1, 2005, p. 149.

los efectos es aquélla que no prohíbe un tipo de conducta en sí, sino solamente en la medida en que genere mayores perjuicios que beneficios en los consumidores. En estos supuestos se acude a lo que generalmente se conoce como *rule of reason*, que permite a la empresa dominante probar que su conducta puede traer efectos positivos para los consumidores¹⁰⁴. La cuestión que surge en estos supuestos es la de saber hasta dónde ha de llegar la Comisión a la hora de considerar como probada la existencia de efectos negativos en la competencia¹⁰⁵.

Hasta el presente, tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia ha adoptado una aproximación que de ordinario se ha tildado de formalista. Esto último viene a traducirse en que ambas instituciones, a fin de constatar la existencia de un abuso, proceden al examen de las características formales de la conducta sin tener en cuenta su verdadero impacto en el mercado. En particular, el Tribunal de Justicia estableció en el asunto *MICHELIN (II)* que para demostrar la existencia de una infracción del artículo 102 CE, « *basta con demostrar que el comportamiento abusivo de la empresa que ocupa una posición dominante tiene por objeto restringir la competencia o, en otros términos, que el comportamiento puede tener dicho efecto* ». Esta manera de razonar del Tribunal de Justicia invita a considerar que una conducta puede ser considerada abusiva si, por su propia naturaleza, es susceptible de causar efectos anticompetitivos en el mercado.

¹⁰⁴ Un último supuesto sería la legalidad *per se*, para aquellas conductas que son legales en principio y que solamente una prueba sobre los efectos nocivos en la competencia por parte de la Comisión podría prohibirla.

¹⁰⁵ PETIT, N., “From formalism to effects? – The Commission’s Communication on enforcement priorities in applying article 82 EC”, *World Competition*, vol. 32, 2009, p. 485.

Las limitaciones del planteamiento anterior son evidentes y la aplicación del artículo 102 TFUE se hace, por todas estas razones, muy controvertida entre los juristas y los economistas, que discuten sobre qué actividades realmente son dañinas para la competencia y cómo han de ser medidas. Esta discusión pone de manifiesto, por otro lado, que en muchos casos el test de abuso en el plano jurídico no se corresponde con el test de abuso en el plano económico.

A. La Comunicación de 2009 y la noción de abuso

En el contexto anterior, la Comisión ha explicado en la Comunicación de 2009¹⁰⁶ la nueva aproximación que pretende adoptar en el análisis de los asuntos relativos al artículo 102 TFUE¹⁰⁷.

Lo primero que debe destacarse es que, si bien la Comunicación de 2009 no puede calificarse de norma jurídica a cuya observancia está obligada en todo caso la institución europea, la Comisión no puede apartarse, de conformidad con la

¹⁰⁶ Comunicación de 2009, precitada, § 19 y siguientes.

¹⁰⁷ Sobre la cuestión de la verdadera utilidad de la Comunicación de 2009 destacan, entre otros, AKMAN, P., “The European Commission’s Guidance on article 102 TFUE: from inferno to paradise?”, *Modern Law Review*, vol. 73, nº 4, p. 605; EZRACHI, A., “The European Commission Guidance on article 82 EC – The way in which institutional realities limit the potential for reform”, *Oxford Legal Research Paper Series*, nº 27, 2009, disponible en www.ssrn.com; y KELLERBAUER, M., “The Commission’s new enforcement priorities in applying article 82 EC to dominant companies’ exclusionary conduct: a shift towards a more economic approach?”, *European Competition Law Review*, vol. 31, nº 5, 2010, p. 175.

jurisprudencia constante europeo, de una regla de conducta indicativa de la práctica que debe seguirse sin dar razones que sean compatibles con el principio de igualdad de trato. El Tribunal de Justicia siempre ha entendido que, al adoptar estas reglas de conducta y anunciar mediante su publicación que las aplicará en lo sucesivo a los casos contemplados en ellas, la Comisión se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de tales reglas, so pena de verse sancionada, en su caso, por violación de los principios generales del Derecho, tales como la igualdad de trato o la protección de la confianza legítima. Por lo tanto, no cabe excluir que, bajo ciertos requisitos y en función de su contenido, dichas reglas de conducta de alcance general puedan producir efectos jurídicos.

A continuación exponemos los criterios que la Comisión ha anunciado que guiarán su práctica ordinaria por lo que se refiere a la determinación de un abuso en el supuesto de las conductas de exclusión¹⁰⁸. Hay que señalar que el cambio de orientación no concierne a todas las conductas, sino aquellas susceptibles de generar un cierre anticompetitivo del mercado.

Según la Comisión, el objetivo de la actividad de control de la Comisión en relación con la conducta excluyente es velar por que las empresas dominantes no impidan la competencia efectiva excluyendo a sus competidores de forma contraria a la competencia y por ende afectando lesivamente al bienestar del consumidor, ya sea mediante unos niveles de precios superiores a los que hubieran existido en caso

¹⁰⁸ A continuación se exponen los § 19 y siguiente de la Comunicación de 2009, precitada.

contrario o por cualesquiera otros medios tales como limitar la calidad o reducir las posibilidades de elección del consumidor. En la Comunicación de 2009 se emplea el concepto de « *cierre anticompetitivo del mercado* » para describir una situación en la que el acceso efectivo de los competidores reales o potenciales a los suministros o mercados se ve obstaculizado o eliminado a consecuencia de la conducta de la empresa dominante, gracias a la cual es probable que la empresa dominante esté en condiciones de incrementar de forma rentable los precios en detrimento de los consumidores. La identificación del perjuicio probable para el consumidor se puede basar en pruebas cualitativas y, siempre que sea posible y apropiado, cuantitativas, tales como el denominado « *as-efficient competitor test* ». Por otra parte, la Comisión se ocupará de este cierre anticompetitivo del mercado tanto al nivel intermedio como al de los consumidores finales o a ambos niveles¹⁰⁹.

Por lo general, la Comisión intervendrá de conformidad con el artículo 82 cuando, sobre la base de pruebas sólidas y convincentes, sea probable que la conducta presuntamente abusiva dé lugar a un cierre anticompetitivo del mercado. La Comisión considera que, para efectuar esta evaluación, son generalmente pertinentes los siguientes factores¹¹⁰:

¹⁰⁹ Comunicación de 2009, precitada, § 19. Cfr. KALLAUGHER, J. y SHER, B., “Rebates revisited: anticompetition effects and exclusionary abuse under article 82”, *European Competition Law Review*, vol. 25, 2004, p. 263.

¹¹⁰ Comunicación de 2009, precitada, § 20.

(a) La posición de la empresa dominante: A título de principio, cuanto más sólida es la posición dominante, mayor es la probabilidad de que la conducta que protege esta posición dé lugar a un cierre anticompetitivo del mercado.

(b) Las condiciones del mercado de referencia: Se incluyen aquí las condiciones para la entrada y la expansión, tales como la existencia de economías de escala y/o de alcance y los efectos de red. Las economías de escala implican que es menos probable que los competidores entren o se mantengan en el mercado si la empresa dominante cierra una parte significativa del mercado de referencia. Del mismo modo, la conducta puede permitir a la empresa dominante inclinar a su favor un mercado caracterizado por efectos de red o afianzar aún más su posición en dicho mercado. Asimismo, si los obstáculos de entrada al mercado ascendente o descendente son importantes, esto significa que puede ser costoso para los competidores superar el posible cierre del mercado mediante su integración vertical.

(c) La posición de los competidores de la empresa dominante: Este factor se refiere a la importancia de los competidores de cara a mantener una competencia efectiva. Un determinado competidor puede desempeñar un importante cometido competitivo incluso aunque sólo tenga una pequeña cuota de mercado en comparación con otros competidores. Por ejemplo, este competidor puede más cercano a la empresa dominante, ser un competidor particularmente innovador o tener la reputación de recortar sistemáticamente los precios. En su evaluación, la Comisión también podrá tener en cuenta cuando proceda, basándose en la información disponible, si existen

contraestrategias realistas, eficaces y tempestivas que los competidores aplicarán probablemente.

(d) La posición de los clientes o de los proveedores de insumos: Cabe incluir aquí la evaluación de la posible selectividad de la conducta en cuestión. La empresa dominante puede aplicar la práctica sólo a determinados clientes o a proveedores de insumos que pueden ser de especial importancia para la entrada o expansión de los competidores, lo que aumenta la probabilidad de cierre anticompetitivo del mercado. Respecto a los clientes, por ejemplo, pueden ser los que respondan más probablemente a las ofertas de los proveedores alternativos, pueden constituir un medio especial de distribución del producto que sería conveniente para un nuevo operador, pueden estar situados en una zona geográfica idónea para las nuevas entradas o puede ser probable que influyan en el comportamiento de otros clientes. En el caso de los proveedores de insumos, aquellos con los que la empresa dominante haya concluido contratos exclusivos de suministro pueden ser los que respondan más probablemente a las peticiones de los clientes que son competidores de la empresa dominante en un mercado descendente, o pueden producir una calidad del producto —o producir en un lugar— particularmente conveniente para un nuevo operador. También se tendrá en cuenta cualquier estrategia de la que dispongan los clientes o los proveedores de insumos que pueda contribuir a contrarrestar la conducta de la empresa dominante.

(e) El alcance de la conducta presuntamente abusiva: Generalmente cuanto mayor es el porcentaje de ventas totales en el mercado de referencia afectadas por la conducta, mayor es su duración, y cuanto más regularmente se ha aplicado, mayor es el efecto probable de cierre del mercado.

(f) Las posibles pruebas de la existencia del cierre del mercado: Si la conducta ha existido durante un período de tiempo suficiente, los resultados de mercado de la empresa dominante y de sus competidores pueden dar pruebas directas de la existencia de un cierre anticompetitivo del mercado; por razones atribuibles a la conducta presuntamente abusiva, la cuota de mercado de la empresa dominante puede haberse incrementado o el descenso de la cuota de mercado puede haberse ralentizado; por razones similares, los competidores existentes pueden haber sido marginados o expulsados, o los competidores potenciales pueden haber intentado entrar y haber fracasado.

(g) Las pruebas directas de una estrategia de cierre: Se trata en este caso de documentos internos que contienen pruebas directas de una estrategia para excluir a competidores, tales como un plan detallado de seguir una determinada conducta para excluir a un competidor, para impedir la entrada o para evitar la aparición de un mercado, o pruebas de amenazas concretas de tomar medidas excluyentes. Estas pruebas directas pueden servir para interpretar la conducta de la empresa dominante.

Tal y como señala la Comisión, al examinar un asunto, la Comisión analizará los factores generales que se enumeran en los apartados anteriores junto con otros factores más específicos que se describen en las secciones relativas a los distintos tipos de conducta excluyente. Por lo general, esta evaluación se hará comparando la situación actual o probable en el futuro del mercado de referencia (a la luz de la conducta de la empresa dominante) con un contrafáctico adecuado, por ejemplo la simple inexistencia de la conducta en cuestión, o con otra situación alternativa realista en función de las prácticas comerciales vigentes¹¹¹.

Por último, la Comisión señala que no es necesario ejecutar una evaluación detallada antes de concluir que es probable que la conducta perjudique a los consumidores. Si resulta que la conducta no puede sino crear obstáculos a la competencia y que no genera ninguna eficiencia, cabe deducir que produce un efecto anticompetitivo. Esto puede ocurrir, por ejemplo, si la empresa dominante impide que sus clientes prueben los productos de los competidores o si ofrece incentivos económicos a sus clientes a condición de que no prueben esos productos, o si paga a un distribuidor o a un cliente para que retrase la introducción del producto de un competidor¹¹².

¹¹¹ Comunicación de 2009, precitada, § 21.

¹¹² Comunicación de 2009, precitada, § 22. Es ciertamente ilustrativa a este respecto la decisión de 13 de mayo de 2009, COMP/37.990—Intel, precitada, donde la Comisión utiliza los términos « naked restrictions » para referirse a este tipo de asuntos.

B. Abuso en un mercado distinto a aquél en que se disfruta de la posición de dominio

El supuesto más elemental de aplicación del artículo 102 TFUE, fundamentalmente en el ámbito de las conductas de exclusión, es aquél en el que, en un mismo mercado, la empresa en cuestión dispone de una posición dominante, lleva a cabo la conducta abusiva y recibe el efectos (*beneficio*) de dicho abuso. Así, una empresa con posición dominante en el mercado de la producción de automóviles puede proceder a venderlos por debajo del precio de coste (práctica de precios predatorios) a fin de excluir a sus competidores del mismo mercado. Tanto la posición dominante como la conducta y los efectos de esta última concurren en el mismo mercado (*mercado A → posición dominante + conducta + efecto*). En este sentido, la jurisprudencia constante ha interpretado que la aplicación del artículo 102 TFUE requiere la existencia de un vínculo entre la posición dominante y el comportamiento supuestamente abusivo¹¹³.

Ahora bien, existen supuestos en los que estos tres elementos, estos son, posición dominante, abuso y efectos, no concurren en el mismo mercado.

En el asunto *BRITISH AIRWAYS*, el Tribunal General consideró que un abuso cometido por una empresa en el mercado dominado, pero cuyos efectos tuvieron

¹¹³ STJUE de 14 de noviembre de 1996, *Tetra Pak c. Comisión*, C-333/94 P, precitada, § 27. V., a este respecto, VOGELZANG, P., “Abuse of a dominant position in article 82: the problem of causality and some applications”, *Common Market Law Review*, vol. 13, 1976, p. 61.

lugar en otro mercado separado, en el cual la empresa no era dominante, puede constituir una violación del artículo 102 TFUE si ambos mercados se encuentran suficientemente conectados¹¹⁴. En este asunto, British Airways disfrutaba de una posición de dominio en el mercado de los servicios de agencias de viajes y su conducta había producido una serie de efectos en el mercado del transporte aéreo en donde no era dominante (*mercado A* → *posición dominante* + *conducta* / *mercado B* → *efectos*).

Lo anterior es especialmente común en los casos en los que la empresa dominante controla el acceso al mercado separado y quiere además introducirse en él (« *market leveraging* »). En el asunto *COMERCIAL SOLVENTS*, por ejemplo, el Tribunal de Justicia consideró que una empresa dominante en el mercado de producción de un determinado insumo/materia prima, que regularmente suministraba a un cliente para la producción de medicamentos, cometió un abuso al denegar a este último el suministro en un intento de reservarse para sí la fabricación de dichos medicamentos¹¹⁵.

Finalmente, en el asunto *TETRA PAK II*, el Tribunal de Justicia confirmó las conclusiones del Tribunal General que admitían incluso la aplicación del artículo 102 TFUE al comportamiento de una empresa dominante en un mercado vecino

¹¹⁴ STG de 17 de diciembre de 2003, *British Airways c. Comisión*, T-219/99, Rec. 2003 p. II-5917, § 127.

¹¹⁵ STJUE de 6 de marzo de 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano y Commercial Solvents c. Comisión*, 6/73 y 7/73, Rec. 1974 p. 223.

donde no disfrutaba de una posición de dominio y cuyos efectos se daban también en este último (*mercado A → posición dominante / mercado B → conducta + efectos*). No obstante, el Tribunal de Justicia exigió que los mercados fueran conexos y que las circunstancias particulares del caso pudieran justificar una aplicación del artículo 102 TFUE en este sentido¹¹⁶.

6. JUSTIFICACIÓN OBJETIVA Y PROPORCIONALIDAD

Una de las particularidades del artículo 102 TFUE es que no presenta un apartado similar al artículo 101, apartado 3, TFUE, que pudiera aplicarse en tanto que excepción a la prohibición de abuso de posición dominante. Sin embargo, hay que señalar que, en los supuestos del artículo 102 TFUE, tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia examinan habitualmente las alegaciones presentadas por la empresa dominante a fin de justificar su conducta (« defences »). En realidad, puede considerarse que si se pueden alegar razones objetivas para justificar una conducta unilateral, sería más preciso decir que la conducta de la empresa dominante no entra en la categoría de abuso¹¹⁷.

¹¹⁶ STJUE de 14 de noviembre de 1996, *Tetra Pak c. Comisión*, C-333/94 P, precitada, § 25-31.

¹¹⁷ Conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs para la STJUE de 31 de mayo de 2005, *Syfait e.a.*, C-53/03, Rec. 2005 p. I-4609. V., ALBORS-LLORENS, A., “The role of objective justification and efficiencies in the application of article 82 EC”, *Common Market Law Review*, vol. 44, p. 1727.

En cualquier caso, son dos los aspectos que han de examinarse a la hora de establecer que una conducta puede ser validada a la luz del artículo 102 TFUE: por un lado, la existencia de una justificación objetiva de la conducta en cuestión; y, por otro, el carácter imprescindible y proporcional de la conducta. La Comunicación de 2009 se refiere expresamente a estas dos cuestiones¹¹⁸.

Respecto a la *justificación objetiva*, la Comisión ha indicado que dicho requisito es satisfecho si se demuestra que la conducta en cuestión es necesaria, o si, alternativamente, puede concluirse que genera eficiencias suficientes para garantizar que es probable que los consumidores no sufran ningún perjuicio neto¹¹⁹. La cuestión de saber si la conducta es objetivamente necesaria ha de dilucidarse sobre la base de factores ajenos a la empresa dominante. A modo de ilustración, si una empresa farmacéutica en posición de dominio decide terminar la producción de una serie de productos por considerar que pueden resultar perjudiciales para la salud, es necesario recurrir a lo que las autoridades públicas consideren a este respecto. Por otro lado, la justificación basada en eficiencias ha de ser demostrado con un grado suficiente de probabilidad y cumpliendo con las siguientes condiciones acumulativas: (a) la conducta ha de permitir obtener eficiencias como consecuencia de su puesta en marcha, tales como mejoras técnicas de la calidad de los bienes o reducción del coste de producción o distribución; (b) la eficiencias probables

¹¹⁸ Comunicación de 2009, precitada, § 28 y siguientes.

¹¹⁹ LOEWENTHAL, P-J., “The defence of ‘objective justification’ in the application of article 82 EC”, *World Competition*, vol. 28, nº 4, 2005, p. 455, y ROUSSEVA, E., “Objective justification and article 82 EC in the era of modernisation” en AMATO, G. y EHLERMANN, C-D. (eds.), *EC Competition Law: a critical assessment*, Hart Publishing, 2007.

obtenidas de resultados de la conducta superan cualquier probable efecto negativo para la competencia y para el bienestar de los consumidores en los mercados afectados; (c) la conducta no ha de eliminar la competencia efectiva al suprimir todas o la mayor parte de las fuentes de competencia actual o potencial existentes.

Respecto al carácter proporcional de la medida, es necesario, por un lado, demostrar que la conducta en cuestión es imprescindible para satisfacer la necesidad objetiva alegada o para obtener las eficiencias señaladas y, por otro, que no hay alternativas que sean menos lesivas para la competencia y además capaces de producir los mismo resultados.

Por último, la carga de la prueba de la justificación objetiva de la conducta en cuestión corresponde a la empresa dominante, si bien es la Comisión la que debe evaluar en último término si la conducta alegada no es objetivamente necesaria y, tras ponderar los efectos anticompetitivos evidentes y las eficiencias alegadas y justificadas, si es probable que dé lugar a un perjuicio para los consumidores¹²⁰.

¹²⁰ STG de 17 de septiembre de 2007, *Microsoft c. Comisión*, T-201/04, Rec. 2007 p. II-3601. HOWARTH, D. y MCMAHON, K., “Windows has performed an illegal operation: the Court of First Instance’s judgment in Microsoft v. Commission”, *European Competition Law Review*, vol. 29, nº 2, 2008, p. 117, y NAZZINI, R., “The wood began to move: an essay on consumer welfare, evidence and burden of proof in article 82 EC cases”, *European Law Review*, vol. 31, 2006.

7. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE COLECTIVA

A. *Dominación colectiva*

El artículo 102 TFUE prohíbe la explotación abusiva de una posición dominante « *por parte de una o varias empresas* ». Ello significa que esta disposición resulta de aplicación no solamente cuando la conducta unilateral es llevada a cabo por una sola empresa, sino también cuando son varias las empresas que, si bien a título individual no disponen de una posición dominante, sí que disponen de ella de manera conjunta¹²¹.

Una conducta abusiva llevada a cabo por varias empresas de manera conjunta en un mercado es concebible, en primer lugar, en el supuesto de empresas que pertenecen a un mismo grupo económico. A la luz de la jurisprudencia constante, tales empresas no conforman sino una sola empresa a efectos de aplicación de las disposiciones de competencia en la medida en que cabe entender que todas persiguen un mismo interés¹²². Incluso si de manera separada cada una de las empresas no dispone de una posición de dominio, en estos supuestos se considera

¹²¹ Sobre la posición de dominio colectiva, puede verse SCHODERMEIER, M., “Collective dominante revisited: an analysis of the EC Commission’s new concepts of oligopoly control”, *European Competition Law Review*, vol. 11, nº 1, 1990, p. 28; WHISH, R. y SUFRIN, B., “Oligopolistic markets and EC Competition Law”, *Yearbook of European Law*, vol. 12, 1992, p. 59; RIDYARD, D., “Economic analysis of single firm and oligopolistic dominance”, *European Competition Law Review*, vol. 5, 1994, p. 255.

¹²² STJUE de 10 de septiembre de 2009, *Akzo Nobel e.a. c. Comisión*, C-97/08 P, Rec. 2009 p. I-8237, § 65.

que todas ellas conforman un bloque de dominación único. A modo de ilustración, en el asunto *CONTINENTAL CAN*¹²³, el Tribunal de Justicia confirmó las conclusiones de la Comisión según las cuales tres compañías jurídicamente distintas pero pertenecientes al mismo grupo económico –una sociedad madre y dos filiales– disfrutaban, de manera conjunta, de una posición dominante en el mercado de referencia. A similar conclusión llegó la Comisión en el asunto *COMERCIAL SOLVENTS*, que fue confirmada por el Tribunal de Justicia¹²⁴.

La cuestión no es tan elemental cuando nos referimos a los supuestos de *dominación colectiva* en el marco de un mercado oligopolístico. En este tipo de mercados, un número limitado de operadores adoptan sus decisiones comerciales, por definición y de manera irremediable, de manera paralela al de los otros.

Tradicionalmente, la controversia a este respecto se ha centrado en dilucidar si el artículo 102 TFUE era susceptible de aplicación en este tipo de supuestos, fundamentalmente partiendo de la premisa de que no podía concluirse que ninguna empresa fuera dominante a título individual. Como es evidente, una conducta oligopolística basada en un acuerdo o una práctica concertada podría ser analizada dentro a la luz del artículo 101 TFUE. Ahora bien, sin mediar un acuerdo entre las

¹²³ STJUE de 21 de febrero de 1973, *Europemballage y Continental Can c. Comisión*, 6/72, precitada.

¹²⁴ STJUE de 6 de marzo de 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano y Commercial Solvents c. Comisión*, 6/73 y 7/73, Rec. 1974 p. 223. V., un análisis detallado de este asunto en PETIT., N., *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrente*, Bruylant, 2007.

empresas del mercado, ¿podría considerarse que un comportamiento paralelo permite concluir válidamente sobre la existencia de una dominación colectiva, susceptible de ser sancionada con arreglo al artículo 102 TFUE? ¿O habría de rechazarse sobre la base de que dicho comportamiento no es sino una consecuencia inevitable de la propia estructura del mercado?¹²⁵

La cuestión anterior no ha resultado fácil de resolver para el Tribunal de Justicia, que, en un primer momento, rechazó la aplicación del artículo 102 TFUE en estos casos. En particular, en el asunto *HOFFMANN-LA ROCHE*, consideró que « *una posición dominante debe [...] diferenciarse de líneas de conducta paralelas, propias de situaciones de oligopolio, en que en estas últimas las conductas influyen unas sobre otras recíprocamente, mientras que en el caso de una posición dominante, la conducta de la empresa que la disfruta se determina, en gran medida, unilateralmente* »¹²⁶.

La aproximación inicial anterior ha variado con el tiempo debido a la necesidad de someter a los operadores en un mercado oligopolístico a la obligación de responsabilidad especial que corresponde a las empresas dominantes. El objetivo es sustancialmente que las empresas que se presenten en el mercado como una entidad colectiva no impidan mediante su comportamiento paralelo la expansión o entrada

¹²⁵ KLOOSERHUIS, E., “Joint dominance and the interaction between firms”, *European Competition Law Review*, vol. 22, 2001, p. 79; y MONTI, G., “The scope of collective dominance under article 82”, *Common Market Law Review*, vol. 38, 2011, p. 131.

¹²⁶ STJUE de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche c. Comisión*, 85/76, precitada, § 39.

de nuevos competidores¹²⁷. No es necesario que las empresas en cuestión adopten una conducta idéntica en el mercado¹²⁸. Lo relevante es que dichas empresas adopten una política común que les permita actuar de manera independiente de sus competidores, clientes y de los consumidores¹²⁹.

Así, en un primer estadio, en el ASUNTO *SIV*, el Tribunal General sostuvo que dos o más empresas pueden ostentar una posición dominante colectiva si guardan entre ellas vínculos estructurales sólidos, y ello sin necesidad de que pertenezcan al mismo grupo económico. En palabras del propio Tribunal General, « *[c]omo principio, no puede descartarse que dos o más entidades económicas independientes se hallen, en un mercado concreto, unidas por tales vínculos económicos que, a causa de este hecho, se hallen conjuntamente en una posición dominante con respecto a los demás operadores del mismo mercado* ». Ello podría ocurrir, por ejemplo, si dos o más empresas independientes disfrutaran en común, a través de un

¹²⁷ Conclusiones del Abogado General Sr. Lenz para la STJUE de 11 de abril de 1989, *Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro*, 66/86, Rec. 1989 p. 803. En este mismo sentido, v. WHISH, R., “Collective dominance” en O’KEEFE, D. y BAVASSO, A. (eds.), *Judicial Review in European Union Law*, Kluwer, 2000.

¹²⁸ STG de 7 de octubre de 1999, *Irish Sugar c. Comisión*, T-228/97, precitada, § 66.

¹²⁹ STJUE de 31 de marzo de 1998, *France e.a. c. Comisión*, C-68/94 et C-30/95, Rec. 1998 p. I-1375, § 121.

acuerdo o de una licencia, de un adelanto tecnológico, o bien si dichas empresas concluyeran un acuerdo de cooperación que les llevara a coordinar su conducta¹³⁰.

Posteriormente, en el asunto *COMPAGNIE MARITIME BELGE*, el Tribunal General aceptó que, en algunos supuestos, el comportamiento paralelo de un mercado oligopolístico como tal, sin mediar vínculos jurídicos o estructurales, puede dar lugar a la aplicación del artículo 102 TFUE¹³¹. Esta sentencia fue posteriormente confirmada por el Tribunal de Justicia en casación¹³². En sustancia, el Tribunal de Justicia dispuso que la expresión «*más empresas*» contenida en el artículo 102 TFUE implica que una posición dominante puede estar ocupada por dos o más entidades económicas y jurídicamente independientes entre sí siempre que «*desde el punto de vista económico, se presenten o actúen juntas en un mercado específico, como una entidad colectiva*». En estos casos, la determinación de la existencia de una dominación colectiva depende de una evaluación económica y, en particular, de la estructura del mercado en cuestión. Esta evaluación de la estructura del propio mercado puede permitir llegar a la conclusión de que las empresas se coordinan

¹³⁰ STG de 10 de marzo de 1992, *SIV e.a. c. Comisión*, T-68/89, T-77/89 et T-78/89, precitada, § 358. La decisión de la Comisión fue, no obstante, anulada en este asunto por considerar que la presunta infracción del artículo 102 TFUE no había sido suficientemente probada.

¹³¹ STG de 8 de octubre de 1996, *Compagnie maritime belge transports e.a. c. Commission*, T-24/93 à T-26/93 y T-28/93, Rec. 1996 p. II-1201. A este respecto, KORAH, V., «*Compagnie Maritime Belge : collective dominant position and exclusionary pricing*», en DONY, M. (dir.), *Mélanges en hommage de Michel Waelbroeck*, Bruylant, 1999, pp. 1110 y ss.

¹³² STJUE de 16 de marzo de 2000, *Compagnie maritime belge transports e.a. c. Commission*, C-395/96 P et C-396/96 P, precitada, § 41.

inevitablemente sus comportamientos y se presentan, en consecuencia, como una entidad colectiva.

Por último, en el asunto *LAURENT PIAU*, el Tribunal General consideró que, para que pueda considerarse que existe una situación de posición dominante colectiva en un mercado oligopolístico, es necesario que se cumplan tres requisitos acumulativos¹³³: en primer lugar, todos los miembros del oligopolio dominante deben poder conocer y controlar el comportamiento de los demás miembros para comprobar si están adoptando o no la misma línea de acción; en segundo lugar, es necesario que la situación de coordinación tácita pueda mantenerse en el tiempo, es decir, que debe existir un incentivo para no apartarse de la línea de conducta común en el mercado; en tercer lugar, la reacción previsible de los competidores actuales y potenciales y de los consumidores no debe cuestionar los resultados esperados de la línea de acción común¹³⁴.

Cabe destacar que, en la sentencia relativa al asunto *SIV*¹³⁵, el Tribunal de Justicia rechazó la tesis de la Comisión según la cual sería suficiente « *reciclar* » los

¹³³ STG de 26 de enero de 2005, *Piau c. Comisión*, T-193/02, Rec. 2005 p. II-209, § 111. V. también, en el ámbito del control de concentraciones, la STG de 6 de junio de 2002, *Airtours c. Comisión*, T-342/99, Rec. 2002 p. II-2585.

¹³⁴ WAELBROECK, D., e IBAÑEZ COLOMO, P., “Case C-171/05 P, Laurent Piau”, *Common Market Law Review*, vol. 43, nº 6, 2006, pp. 1743-1756; y SPECTOR, D., “Position dominante collective: du bon usage des critères Airtours”, *Concurrences*, nº 1, 2007, p. 28.

¹³⁵ STG de 10 de marzo de 1992, *SIV e.a. c. Commission*, T-68/89, T-77/89 et T-78/89, precitada, § 360.

elementos constitutivos de una infracción del artículo 101 TFUE para afirmar que las partes de un acuerdo o de una práctica ilícita poseen conjuntamente una cuota de mercado importante y que, por esta única razón, se hallan en una posición dominante colectiva. En consecuencia, no es suficiente probar que el mero hecho de que dos o más empresas estén vinculadas por un acuerdo, por una decisión de asociaciones de empresas o por una práctica concertada, en el sentido del artículo 101 TFUE, pueda constituir, en sí, una base suficiente para tal apreciación. El artículo 101 TFUE y el artículo 102 TFUE mantienen así su autonomía de aplicación.

B. Abuso

Por lo que se refiere al abuso en el contexto de una posición de dominio colectiva, las observaciones expuestas anteriormente para los supuestos de abuso de una sola empresa son aplicables también en este ámbito.

Ahora bien, merece ser destacado que, en el asunto *IRISH SUGAR*, el Tribunal General estableció que el hecho de que ciertos abusos estuvieran cometidos por una sola de las empresas del mercado oligopolístico no impedía considerar que existía un abuso « colectivo » dado que se trataba de una conducta de explotación de la que se beneficiaban todas las demás empresas¹³⁶. Esto quiere decir que el conducta abusiva no tiene que ser ejercida necesariamente por todas las empresas implicadas en la

¹³⁶ STG de 7 de octubre de 1999, *Irish Sugar c. Comisión*, T-228/97, precitada, confirmada mediante ATUE de 10 de julio de 2001, *Irish Sugar c. Comisión*, C-497/99 P, precitada.

dominación colectiva La explicación de este razonamiento parece encontrarse en que, si bien el abuso proviene de una sola empresa, en realidad una conducta así está destinada a beneficiar y proteger el oligopolio en general.

8. CONSIDERACIONES FINALES

Los distintos objetivos a los que se encuentra dirigido el derecho de la competencia presentan en ocasiones un punto sin solución de encuentro que obligan a priorizar unos sobre otros no sin generar controversia. Una buena ilustración a este respecto es la aplicación del artículo 102 TFUE, dedicado al control del poder de mercado de las empresas. La aplicación de esta disposición lleva aparejada la discusión sobre si el verdadero objetivo del derecho de la competencia es la protección de los competidores en el mercado o la protección de los consumidores. La respuesta que pueda darse a esta cuestión se mueve entre los dos extremos siguiente: por un lado, la necesidad de evitar que determinadas conductas de una empresa con poder de mercado afecte a la posibilidad de otros operadores de contestar la superioridad de dicha empresa; y, por otro, la penalización y desincentivación de una empresa que, con base a sus propios méritos, adquiere una posición dominante en un mercado e incluso sería capaz de aumentarla frente a sus competidores.

Aquéllos que abogan por la defensa de los competidores consideran, en esencia, que una estructura del mercado en el que estén presentes varios operadores, incluso si algunos de estos últimos son ineficientes, evita el escenario en el que una empresa dominante adopte conductas que le permiten reforzar su posición de mercado

eliminando a otros competidores. En el largo plazo, se afirma, es conveniente que existan varios competidores en el mercado. Por su parte, quienes abogan por una protección del bienestar de los consumidores (« *consumer welfare* ») a través de la promoción de la competencia, hacen valer que este objetivo se adopte aplicando todas las conductas basada en los méritos de una empresa dominante, e independientemente de que ello conlleve una salida de otros competidores menos eficientes y que la empresa dominante aumente su poder de mercado. Permitir a una empresa dominante aumentar su cuota de mercado, no existiendo barreras de entradas en el mercado, puede redundar en economías de escala y en una mayor eficiencia. Además, en ocasiones, son los propios consumidores quienes invitan a la empresa dominante a adoptar una serie de conductas, que, sin embargo, son consideradas posteriormente como abusivas por la práctica de la Comisión y por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Ambas posiciones presentan una serie de desventajas. En el caso de la defensa de la estructura del mercado, la mayor desventaja viene de la posibilidad de proteger a competidores ineficientes y de limitar consiguientemente un comportamiento eficiente de la empresa dominante. Esto a su vez puede generar desincentivos en la conducta de la empresa dominante en detrimento de los consumidores. A las empresas se les invita a que se esfuercen para responder de la mejor manera a las necesidades de los consumidores. La obtención de una posición dominante puede significar por lo tanto la recompensa por un esfuerzo legítimo y basado en los propios méritos empresariales. Ciertamente los monopolios y la posición dominante

no son deseables para la competencia, pero tampoco pueden decirse que siempre sean contrarios a la competencia en el mercado. Aquellas empresas que han sido capaces de conquistar un mercado debido a su actuación eficiente y a sus precios bajos se han visto sancionadas a la luz del artículo 102 TFUE por poner en marcha ciertas prácticas comerciales que, desde un punto de vista económico, están ciertamente justificadas.

En el caso de las conductas de explotación, la cuestión es sensiblemente diferente. La posición de dominio no es ilegal en sí, aunque tampoco es deseable que una empresa tenga una posición dominante. Pero si ha conseguido encontrarse en esta posición, resulta paradójico poder sancionarle por una circunstancia tal. En este sentido, cabe preguntarse si el artículo 102 TFUE tiene por objetivo que una empresa en posición de dominio actúe como si no tuviera una posición de monopolio. Una empresa que ocupa una posición monopolística en el mercado tendría que comportarse como en un contexto de competencia perfecta solamente por cuanto tema que otros competidores entren en el mercado, pero no por temor a una sanción de los poderes públicos.

En la actualidad, el ámbito del artículo 102 TFUE, si bien puede constatararse que ciertas conductas de las empresas dominantes hacían el objeto de prohibiciones *per se*, hoy en día se avanza hacia una concepción mucho más abierta en el que se hace uso de la metodología económica para comprobar si una conducta, a la luz de sus

efectos en la competencia, ha de ser sancionada o no. En esta nueva aproximación, no sin críticas, intenta intervenir la Comunicación de 2009.

La Comunicación de 2009 en la Comunicación invita hacia una aproximación basada en los efectos y hacia la protección de la competición y la eficiencia, más que la protección de los intereses de los particulares. En particular, la Comisión ha establecido lo siguiente: *« la Comisión tiene en cuenta que lo realmente importante es la protección de la eficacia del juego de la competencia y no simplemente la protección de los competidores. Esto bien puede dar lugar a que los competidores que beneficieren menos a los consumidores en términos de precio, posibilidades de elección, calidad e innovación abandonen el mercado »*. Ahora bien, a pesar de los términos de la Comunicación de 2009, todavía se encuentra lejos el consenso sobre la manera de abordar la política de competencia, especialmente en el ámbito del artículo 102 TFUE y en relación con las conductas que analizaremos en el siguiente capítulo.

* * *

Capítulo Segundo

Las conductas particulares de abuso

« [...] Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- (b) *imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;*
- (c) *limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;*
- (d) *aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*
- (e) *subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos. »*

• PLANTEAMIENTO

El abuso de posición dominante prohibido con arreglo al artículo 102 TFUE puede revestir formas diversas. El segundo apartado de esta disposición se refiere, en particular, a la imposición de precios o condiciones de transacción no equitativas, a la limitación de la producción, del mercado o del desarrollo técnico, a la aplicación de condiciones desiguales por prestaciones equivalentes y a la subordinación de contratos con terceros a la aceptación de condiciones que no guardan una relación

con el objeto. El Tribunal de Justicia ha señalado que la enumeración anterior no es exhaustiva, sino meramente ilustrativa.

Las distintas maneras de abusar de una posición de dominio pueden dividirse en dos categorías conocidas habitualmente como conductas de explotación y conductas de exclusión. Este capítulo está dedicado a exponer las distintas formas de abuso dentro cada una de ellas y a examinar cómo han sido abordadas tanto por la Comisión como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Cabe recordar que una conducta de explotación es aquélla en la que la empresa dominante busca obtener beneficios supracompetitivos en detrimento de los consumidores. Por su parte, las conductas de exclusión son aquéllas que están encaminadas a afectar la estructura competitiva, forzando la salida de los competidores existentes en el mercado relevante y/o impidiendo la entrada de competidores nuevos. En ocasiones, una misma conducta puede perjudicar tanto a consumidores como a competidores, de modo que su inclusión en una u otra categoría puede quedar por tanto difuminada. Curiosamente, el artículo 102 TFUE solamente se refiere de manera expresa a las conductas de explotación, si bien son las conductas de exclusión las que gozan de un mayor interés tanto para la doctrina como para la práctica cotidiana de la Comisión y del Tribunal de Justicia.

A los fines de examinar las prácticas concretas de abuso, debemos hacer referencia necesariamente a la Comunicación de 2009 de la Comisión. Tal y como se ha señalado en el capítulo anterior, ésta se refiere de manera particular a las conductas

de exclusión, y dentro de este grupo, solamente a ciertos tipos específicos que, según la experiencia de la Comisión, parecen ser los más comunes. La comunicación está destinada a aportar una mayor claridad y previsibilidad al marco empleado por la Comisión para determinar la existencia de una violación del artículo 102 TFUE. Si bien no pretende sentar doctrina jurídica, la comunicación es relevante puesto que destila un cambio de orientación en la aplicación de esta disposición mucho más próximo a la metodología económica y a un análisis basado, por encima de la forma, en los efectos de las conductas. Según la Comisión, este nuevo enfoque está ya presente en las decisiones relativas a los asuntos *MICROSOFT*¹³⁷, *WANADOO*¹³⁸, o *TELEFÓNICA*¹³⁹ que analizaremos en los siguientes apartados. Estas orientaciones, no obstante, han de analizarse con la reserva de que se encuentran sometidas a la jurisprudencia de los tribunales europeos.

¹³⁷ Decisión de 24 de marzo de 2004, COMP/C-3/37.792—Microsoft (versión sumaria, DO L 32, p. 23), confirmada por STG de 17 de septiembre de 2007, *Microsoft c. Comisión*, T-201/04, Rec. 2007 p. II-3601.

¹³⁸ Decisión de 16 de julio de 2003, COMP/38.233—Wanadoo Interactive, confirmada por STG de 30 de enero de 2007, *France Telecom. c. Comisión*, T-340/03, Rec. 2007 p. II-107 y STJUE de 2 de abril de 2009, *France Telecom. c. Comisión*, C-202/07 P, Rec. 2009 p. I-2369.

¹³⁹ Decisión de 4 de julio de 2007, COMP/38.784—Wanadoo España c. Telefónica (versión sumaria, DO C 83, p. 6), confirmada por STG de 29 de marzo de 2012, *Telefónica et Telefónica de España c. Commission*, T-336/07 (todavía no publicada).

1. CONDUCTAS DE EXPLOTACIÓN ABUSIVA

A. *Precios excesivos*

a) Planteamiento

El artículo 102, apartado 2, letra a), TFUE establece de manera expresa que estarán prohibidas las prácticas que impliquen la imposición directa o indirecta de precios de compra o de venta no equitativos. Esta prohibición parte de una premisa relativamente simple según la cual una empresa que dispone de una posición de dominio en el mercado no debiera aprovechar su poder económico, aplicando precios supracompetitivos, para obtener un mayor beneficio a costa de los consumidores.

Los asuntos relativos a precios excesivos no son muy comunes y siempre son tratados con prudencia por parte de la Comisión dado que no se presentan libres de controversia. En esencia, la cuestión que se plantea es si los precios excesivos son una forma de crear un perjuicio para la competencia, sancionables sobre la base del artículo 102 TFUE (control de competencia *ex post*), o si, más bien, son una consecuencia de la ausencia de competencia que invitaría a la adopción de medidas de otro tipo (regulación *ex ante*).

A favor de no establecer un control de la competencia sobre los precios, que es la aproximación que se adopta en otras jurisdicciones, y en particular en Estados Unidos, se hacer valer que, en la medida en que la empresa dominante consiga su posición dominante en el mercado por medios legítimos, debería adoptar su política de precios libremente¹⁴⁰. Por otro lado, si la empresa no incurre en conductas que crean barreras a la entrada, la aplicación de precios excesivos no hará sino atraer a nuevos competidores al mercado (escenario de auto-corrección del mercado). Tampoco se considera que la Comisión deba convertirse en una autoridad reguladora de los precios en el mercado¹⁴¹.

b) Precio excesivo y valor económico de la prestación realizada

La primera decisión destacada en este ámbito fue el asunto *UNITED BRANDS*, en el que la Comisión consideró que UB había infringido el artículo 102 TFUE al vender en varios Estados miembros los plátanos de una determinada marca a precios excesivos¹⁴². Esta decisión fue recurrida y, en su sentencia, el Tribunal de Justicia estableció a título de principio que «*el hecho de exigir un precio excesivo, sin*

¹⁴⁰ GAL, M. S., “Monopoly pricing as and antitrust offense in the US and the EC: two systems of belief about monopoly”, *Antitrust Bulletin*, vol. 49, 2004, p. 343. En contra del control directo sobre las prácticas explotativas de precios, v. POSNER, R., “The social costs of monopoly and regulation”, *Journal of Political Economy*, vol. 83, 1975, p. 807.

¹⁴¹ Cfr. LYONS, B., “The paradox of the exclusion of exploitative abuse”, en SWEDISH COMPETITION AUTHORITY, *The Pros and Cons of High Prices*, 2007, disponible en www.ccp.uea.ac.uk.

¹⁴² Decisión de la Comisión d 17 de diciembre de 1975, 76/353 – Chiquita (DO L 95, p. 1).

relación razonable con el valor económico de la prestación realizada » constituye un abuso¹⁴³.

Ahora bien, la cuestión de saber cuándo un precio es excesivo no resulta fácil de resolver. Para tal fin, pueden adoptarse dos vías distintas, definidas de ordinario como « aproximación precio–coste » o « aproximación precio–precio »¹⁴⁴.

En el primer caso, que parece ser más próximo al propuesto por el Tribunal de Justicia en el asunto *UNITED BRANDS*, habría de averiguarse si la empresa dominante aprovecha su posición para obtener un margen de beneficio injusto. En su sentencia, el Tribunal de Justicia sostuvo, en primer lugar, que ha de compararse objetivamente el precio de venta del producto con su precio de coste, a fin de deducir la magnitud del margen de beneficio, y en caso de que dicho margen fuera excesivo, habría de examinarse, en segundo lugar, si no es equitativo, ya sea en términos absolutos o en términos relativos respecto de los productos de otros competidores¹⁴⁵. En el segundo caso, que parece estar presente en la jurisprudencia más reciente, el precio aplicado

¹⁴³ STJUE de 14 de febrero de 1978, *United Brands y United Brands Continentaal c. Comisión*, 27/76, Rec. 1978 p. 207, § 250.

¹⁴⁴ EVANS, D. S., y PADILLA, A. J., “Excessive prices: using economics to define administrable legal rules”, *Journal of competition law and economics*, vol. 1, 2005, p. 97; y AKMAN, P., y GARROD, L., “When are excessive prices unfair?”, *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 7, nº 2, 2011, p. 43.

¹⁴⁵ STJUE de 14 de febrero de 1978, *United Brands y United Brands Continental c. Comisión*, 27/76, Rec. 1978 p. 207, § 251 y 252. V. también decisión de la Comisión de 23 de julio de 2004, COMP/A 36.568/D3–Scandlines Sverige c. Port of Helsingborg, §. 102, que recurre al carácter acumulativo de los dos requisitos.

por la empresa dominante se compararía con el precio que existiría si el mercado en causa fuera verdaderamente competitivo. Para ello, se recurre a su vez a la comparación con un mercado geográfico equivalente¹⁴⁶, con el precio aplicado por otros competidores en el mercado¹⁴⁷ o con los precios que la empresa dominante solía aplicar históricamente¹⁴⁸.

La sentencia *UNITED BRANDS* ha dado lugar a numerosos comentarios que ponen de manifiesto la vaguedad de las nociones de « *margen de beneficio excesivo* » y « *precio no equitativo* », así como la falta de estándares concretos para llevar a cabo una evaluación de cada uno de estos aspectos. Cabe destacar que el Tribunal de Justicia anuló la decisión de la Comisión sobre este punto por considerar que ésta última no había procedido a un análisis preciso de los costes, sino que se había limitado simplemente a comparar los precios que UB aplicaba en los distintos países en los que operaba. Se desprende de lo anterior que la carga de la prueba a la hora de determinar la existencia de precios excesivos en el mercado recae sobre la Comisión¹⁴⁹.

¹⁴⁶ STJUE de 4 de mayo de 1988, *Bodson*, 30/87, Rec. 1988 p. 2479, § 81 y STJUE de 13 de julio de 1989, *Lucazeau e.a.*, 110/88, 241/88 y 242/88, Rec. 1989 p. 2811, § 25.

¹⁴⁷ Decisión de la Comisión de 29 de diciembre de 1974, IV/28.851 — General Motors Continental (DO L 29, p. 14), § 8.

¹⁴⁸ STJUE de 11 de noviembre de 1986, *British Leyland c. Comisión*, 226/84, Rec. 1986 p. 3263.

¹⁴⁹ V. también STJUE de 13 de julio de 1989, *Lucazeau e.a.*, 110/88, 241/88 y 242/88, Rec. 1989 p. 2811, § 21.

c) Práctica de la Comisión y Jurisprudencia

En el asunto *GENERAL MOTORS CONTINENTAL*, la Comisión consideró que la empresa encargada de la expedición de certificados de conformidad técnica de vehículos nuevos en Bélgica había abusado de su posición de dominio aplicando precios excesivos para desincentivar las importaciones paralelas de coches desde otros Estado miembros¹⁵⁰. Esta decisión fue anulada por el Tribunal de Justicia por falta de pruebas, si bien confirmó el razonamiento de la Comisión sobre este aspecto¹⁵¹. Los dos asuntos anteriores suelen emplearse como ilustración de prácticas que, además de tener un carácter de explotación, tienen como resultado perjudicar el buen desarrollo del mercado común.

Por otro lado, el asunto *CICCE* resulta particular por cuanto no concernía la aplicación de un precio de compra excesivamente alto, sino la imposición de un precio de compra excesivamente bajo. En efecto, la empresa dominante en este asunto no era vendedora sino compradora. El Tribunal de Justicia concluyó que la

¹⁵⁰ Decisión de la Comisión de 29 de diciembre de 1974, IV/28.851 — General Motors Continental (DO L 29, p. 14).

¹⁵¹ STJUE de 13 de noviembre de 1975, *General Motors Continental c. Comisión*, 26/75, Rec. 1975 p. 1367. V. también la STJUE de 11 de noviembre de 1986, *British Leyland c. Comisión*, 226/84, Rec. 1986 p. 3263, § 30, en la que el Tribunal de Justicia respaldó las conclusiones de la Comisión en su decisión según la cual la empresa encargada de expedir certificados de conformidad técnica en el Reino Unido había abusado de su posición de dominio al aplicar precios excesivamente altos para los vehículos con volante a la izquierda en comparación con los vehículos con volante a la derecha. V., a este respecto, BISHOP, S. y WALKER, M., *The Economics of EC Competition Law*, Sweet & Maxwell, 2010, apart. 6.14.-6.19.

empresa que hacía valer ante la Comisión el precio de compra excesivamente bajo no había aportado pruebas suficientes¹⁵².

Finalmente, el asunto *CIRCA* pone de manifiesto que la aplicación de precios excesivos en el contexto del acceso a una instalación esencial de la que es propietaria la empresa dominante o de la concesión de una licencia de propiedad intelectual pueden constituir una práctica abusiva de exclusión¹⁵³. Este aspecto es desarrollado con mayor detalle más adelante.

B. Condiciones de transacción no equitativas

El precio no deja de ser solamente una de las condiciones que intervienen en una transacción comercial. Es, por ello, que el artículo 102, apartado 2, letra a), TFUE prohíbe igualmente la imposición directa o indirecta de otras condiciones de transacción no equitativas.

A modo de ilustración, en el asunto *TETRA PAK II*, la Comisión consideró que una empresa dominante había infringido el artículo 102 TFUE al exigir, por el arrendamiento de sus equipos de envasado, una serie de condiciones cuya cuantificación equivalía prácticamente a su precio de venta¹⁵⁴. Según la Comisión,

¹⁵² STJUE de 28 de marzo de 1985, *CICCE c. Comisión*, 298/83, Rec. 1985 p. 1105.

¹⁵³ STJUE de 5 de octubre de 1988, *CIRCA y Maxicar*, 53/87, Rec. 1988 p. 6039, § 17.

¹⁵⁴ Decisión de la Comisión de 24 de julio de 1991, IV/31.043 – Tetra Pak, (DO L 72, p. 1), § 131.

esta condición hacía que los clientes se encontraran en una situación comparable a la del comprador, si bien solamente podían disfrutar de las ventajas legales correspondientes a un arrendatario. Esta decisión fue refrendada por el Tribunal General¹⁵⁵ y el Tribunal de Justicia¹⁵⁶.

Por otro lado, en el asunto *BRT-SABAM*, el Tribunal de Justicia hubo de dar respuesta a una cuestión prejudicial planteada por un tribunal nacional que versaba sobre el supuesto abuso de una empresa dominante en el ámbito de los derechos de autor. En particular, se trataba de dilucidar si la sociedad belga que se ocupaba de la gestión de los derechos de autor incurría en una violación del artículo 102 TFUE al exigir a los asociados que le cedieran la totalidad de sus derechos de autor actuales y futuros y que, en el caso de dimisión de uno de ellos, el ejercicio de derechos cedidos estaba reservado a la SABAM durante cinco años. El Tribunal de Justicia estableció lo siguiente: « *el hecho de que una empresa encargada de la explotación de derechos de autor, que ocupa una posición dominante a efectos del artículo [102 TFUE], imponga a sus socios compromisos que no son indispensables para la realización de su objeto social y que, por lo tanto, obstaculizan de forma no equitativa la libertad de un socio para ejercitar su derecho de autor, puede constituir una explotación abusiva* »¹⁵⁷.

¹⁵⁵ STG de 6 de octubre de 1994, *Tetra Pak c. Comisión*, T-83/91, Rec. 1994 p. II-755.

¹⁵⁶ STJUE de 14 de noviembre de 1996, *Tetra Pak c. Commission*, C-333/94 P, Rec. 1996 p. I-5951.

¹⁵⁷ STJUE de 21 de marzo de 1974, *BRT y Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs*, 127/73, Rec. 1974 p. 313, § 15.

Finalmente, en el asunto *ALSATEL*, el Tribunal de Justicia consideró que una empresa dominante en el mercado de la instalación de equipos de telecomunicaciones había infringido el artículo 102 TFUE al reservarse el derecho de imponer aumentos unilaterales en el montante del alquiler de las instalaciones y de ampliar automáticamente la duración del alquiler en determinados supuestos¹⁵⁸.

2. CONDUCTAS DE EXCLUSIÓN

A. Acuerdos de compra exclusiva

a) Planteamiento

Los acuerdos exclusivos pueden conducir a la aplicación del artículo 101 TFUE. Ahora bien, estos acuerdos también pueden dar lugar a una violación del artículo 102 TFUE. La diferencia principal entre ambos supuestos es que, si bien en el marco del artículo 101 TFUE la responsabilidad de la infracción recae sobre las empresas participantes en el acuerdo, en el del artículo 102 TFUE, la responsabilidad solamente corresponde a la empresa dominante. Pueden darse supuestos en los que el examen de ambas disposiciones resulte pertinente.

Un acuerdo de compra exclusiva (« exclusive purchasing ») es aquél mediante el cual el cliente queda obligado a obtener toda o la mayor parte de sus necesidades

¹⁵⁸ STJUE de 5 de octubre de 1988, *Alsattel*, 247/86, Rec. 1988 p. 5987, § 10.

únicamente del proveedor con quien contrata¹⁵⁹. Cuando interviene una empresa dominante, esta práctica es susceptible de afectar a la competencia en la medida en que, por un lado, puede dar como resultado el reforzamiento de su posición en el mercado, y, por otro, impide que nuevos competidores consideren entrar en él ante la falta de perspectiva de captar clientes. Cuanto mayor es la cantidad requerida de compra y la duración de la obligación, mayor riesgo existe de que esto se produzca.

Dentro de esta categoría también se encuentran las denominadas « cláusulas inglesas », que, si bien no obligan a una compra exclusiva permanente, permiten a la empresa dominante igualar cualquier oferta que reciba el cliente por parte de otro competidor. Según la Comisión, estas cláusulas tienen el mismo efecto que una obligación de compra exclusiva, fundamentalmente cuando el comprador tiene que revelar quién hace la mejor oferta, dado que los competidores pueden encontrar desincentivos a la hora de revelar sus productos¹⁶⁰.

b) Comunicación de 2009

La Comisión reconoce que toda obligación de compra exclusiva va aparejada a una compensación para el cliente, precisamente por la pérdida potencial de mejores

¹⁵⁹ MOTTA, M., *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, p. 370; y O'DONOGHUE, R. y PADILLA, A. J., *The Law and Economics of article 82 EC*, Hart Publishing, 2006, pp. 363-372.

¹⁶⁰ DG Competition discussion paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses – Public consultation, § 135.

opciones que pudieran recibir estos últimos, de modo que un cliente puede tener interés en suscribir tal obligación. Sin embargo, a juicio de la Comisión, sería erróneo deducir automáticamente que todas las obligaciones de exclusividad son beneficiosas globalmente para los clientes, incluidos los que actualmente no compran a la empresa dominante, y para los consumidores finales. La Comisión anuncia que se centrará fundamentalmente en aquellos casos en los que es probable que los consumidores en su conjunto no se beneficien. Así sucederá, en particular, cuando existan muchos consumidores y las obligaciones de compra exclusiva de la empresa dominante produzcan el efecto de impedir la entrada o la expansión de empresas competidoras.

c) Práctica de la Comisión y Jurisprudencia

En el asunto *HOFFMANN-LA ROCHE*, el Tribunal de Justicia dispuso que, en el caso de una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado, « *el hecho de vincular a los compradores —aunque sea a instancia de éstos— mediante una obligación o promesa de abastecerse, en lo que respecta a la totalidad o a gran parte de sus necesidades, exclusivamente en dicha empresa, constituye una explotación abusiva de una posición dominante en el sentido del artículo [102 TFUE], tanto si la obligación de que se trata ha sido estipulada sin más, como si es la contrapartida de la concesión de descuentos* »¹⁶¹.

¹⁶¹ STJUE de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche c. Comisión*, 85/76, Rec. 1979 p. 461. JACOBSON, J. M., “Exclusive dealing, ‘forclosure’ and consumer harm”, *Antitrust Law Journal*, vol. 73, 2006, p. 375.

Por otro lado, en el asunto *TETRA PAK II*, la decisión concluyó que Tetra Pak había abusado de su posición dominante en el mercado de venta de máquinas de envasado al establecer una cláusula en sus contratos en virtud de la cual todos los suministros para dicho envasado no podían tener otra fuente más que ella¹⁶².

Finalmente, en el asunto *VAN DEN BERGH FOODS*, el Tribunal General respaldó las conclusiones de la Comisión según las cuales la obligación de utilizar refrigeradores exclusivamente para los productos de la empresa dominante llevaba, en realidad, a convertir los locales en puntos de venta exclusiva, sobre todo en la medida en que éstos no dispusieran de más capacidad para instalar otros refrigeradores. Se trataba por tanto de un acuerdo de venta exclusiva de facto¹⁶³.

¹⁶² Decisión 92/163/CEE de la Comisión, de 24 de julio de 1991, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 106 TFUE (IV/31.043 – Tetra Pak II, DO 1992, L 72, p. 1), § 116.

¹⁶³ Decisión de la Comisión de 11 de marzo de 1998, IV/34.073, IV/34.395 y IV/35.436 — Van den Bergh Foods Limited, (DO L 246, p. 1), recurrida en STG de 23 de octubre de 2003, *Van den Bergh Foods c. Comisión*, asunto T-65/98, Rec. 2003, p. II-4653, § 159, confirmada por ATJUE de 28 de septiembre de 2006, *Unilever Bestfoods c. Comisión*, C-552/03 P, Rec. 2006 p. I-9091. V. también la decisión de la Comisión de 22 de junio de 2005, COMP/A.39.116/B2 — Coca-Cola (DO L 253, p. 21), donde esta empresa aceptó compromisos de permitir utilizar a sus clientes al menos un 20% de los refrigeradores que proporcionaba para otras bebidas cuando el cliente no dispusiera de capacidad para instalar más refrigeradores de otras marcas.

d) Justificación

Resulta difícil pensar en un supuesto de obligación de compra exclusiva que pudiera ser justificado sobre la base de la existencia de una necesidad objetiva. Eventualmente, la Comisión podría considerar que los acuerdos exclusivos generan ventajas para ciertos clientes si dichos acuerdos son necesarios para que la empresa dominante realice ciertas inversiones destinadas específicamente a una relación comercial para poder suministrar a esos clientes.

B. Primas de fidelidad y descuentos

a) Planteamiento

Otra práctica destinada, si bien no a obligar, sí a inducir al cliente a que compre toda o gran parte de sus clientes a una empresa es la concesión de primas de fidelidad o de descuentos. La práctica de conceder descuentos o rebajas por parte de una empresa dominante es susceptible de constituir un abuso en el sentido del artículo 102 TFUE. En esencia, según la jurisprudencia, esto ocurre cuando dichos descuentos o rebajas son ofrecidos como contrapartida de una obligación al cliente de comprar la totalidad o la mayor parte de sus necesidades a la empresa dominante o cuando, de manera más general, los descuentos tienen como efecto fidelizar el cliente a la empresa. Los descuentos son similares a los acuerdos exclusivos, dado que son capaces de conducir a un cierre anticompetitivo del mercado en el que la

empresa tiene su posición de dominio. De hecho, la Comisión los considera conjuntamente en la Comunicación de 2009¹⁶⁴.

Por lo general, suele distinguirse entre descuentos de fidelidad, descuentos ligados a objetivos individualizados de venta y descuentos ligados a volumen de venta. Los primeros se conceden si el cliente satisface sus necesidades exclusivamente de la empresa dominante durante un periodo determinado; los segundos son concedidos cuando el cliente alcanza un objetivo de compras previamente acordado con la empresa dominante; y los terceros son otorgados cuando la empresa supera un volumen determinado de compras establecidos objetivamente en un listado. Como veremos más adelante, las dos primeras categorías suelen ser consideradas contrarias a la competencia por su efecto fidelizador, si bien éste no es el caso de la tercera en la medida en que esté puesta en relación con la consecución de economías de escala.

Cabe señalar que los descuentos, fundamentalmente de fidelidad, son también analizados en el mercado de las prácticas discriminatorias prohibidas en virtud del artículo 102, apartado 2, letra c), TFUE, dado que pueden producir una desventaja comparativa entre clientes que ceden a la fidelización y los clientes que prefieren diversificar sus fuentes de suministro.

¹⁶⁴ STJUE de 16 de diciembre de 1975, *Suiker Unie e.a. c. Comisión*, 40/73 à 48/73, 50/73, 54/73 à 56/73, 111/73, 113/73 et 114/73, Rec. 1975 p. 1663.

La diferencia entre el carácter legítimo y abusivo de los descuentos es siempre fuente de discusiones¹⁶⁵. Es por ello que la Comunicación de 2009 ha tenido una relevancia particular en el ámbito de los descuentos. Esto es debido a que, de manera frecuente, los acuerdos de fidelidad han sido tratados hasta el presente desde una óptica mucho más afín a su objeto que a sus efectos. La jurisprudencia ha contribuido también a concebir que tales prácticas constituirían en realidad una prohibición per se. Desde un punto de vista económico, el examen de cómo se abordaban este tipo de conductas en particular mostraba unos resultados no siempre coherentes con el objetivo de denunciar y sancionar solamente las prácticas susceptibles de perjudicar la competencia. Existe la expectativa de que las nuevas orientaciones de la Comisión recogidas en la Comunicación de 2009, que apoyan sus consideraciones en conceptos concretos de costes, devuelvan la comunión entre el derecho y la economía en el análisis de este tipo de conductas.

b) Comunicación de 2009

En la Comunicación de 2009¹⁶⁶, la Comisión ha dispuesto que, al igual que ocurre con las obligaciones de compra exclusiva, es más probable que se produzca un cierre anticompetitivo del mercado cuando los competidores no pueden competir en igualdad de condiciones por toda la demanda de cada cliente individual. Un descuento condicional concedido por una empresa dominante puede permitir a la

¹⁶⁵ Conclusiones del abogado general Kokott para la STJUE de 15 de marzo de 2007, *British Airways c. Comisión*, C-95/04 P, Rec. 2007 p. I-2331.

¹⁶⁶ A continuación se exponen los § 39 a 44 de la Comunicación de 2009, precitada.

empresa dominante utilizar la parte menos flexible de la demanda de cada cliente (es decir, la cantidad que el cliente compraría en todo caso a la empresa dominante) como instrumento para disminuir el precio que debe pagarse por la porción « más flexible » de la demanda, esto es, la cantidad que el cliente puede optar por sustituir y para la que puede encontrar sustitutos.

De modo general, la Comisión añade que los descuentos retroactivos pueden cerrar considerablemente el mercado puesto que pueden tener como consecuencia el hacer menos interesante para los clientes cambiar a un proveedor alternativo cuando se trata de cantidades menores de demanda. El efecto potencial de cierre de los descuentos retroactivos resulta *a priori* mayor en la última unidad comprada del producto antes de superar el umbral. Sin embargo, de acuerdo con la Comisión, para evaluar el efecto de fidelización de un descuento lo pertinente no es el efecto sobre la competencia por suministrar la última unidad individual, sino el efecto de cierre que produce el sistema de descuento sobre los competidores, reales o potenciales, del proveedor dominante. Cuanto mayor sea el descuento en porcentaje del precio total y cuanto más elevado sea el umbral, mayor será el estímulo por debajo del umbral y, por lo tanto, más fuerte será la probable exclusión de competidores reales o potenciales.

La Comisión indica que su prioridad es la de investigar, en la medida en que disponga de datos fiables, si el sistema de descuento puede obstaculizar la expansión o la entrada de competidores con igual grado de eficiencia haciendo que les sea más

difícil satisfacer una parte de las necesidades de los clientes individuales. En este contexto, la Comisión calculará el precio que tendría que ofrecer un competidor para compensar al cliente por la pérdida del descuento condicional si este último retirase parte de su demanda, o lo que es lo mismo, la « gama de referencia », a la empresa dominante. El precio efectivo que el competidor tendrá que igualar no es el precio medio de la empresa dominante, sino el precio normal, esto es, el precio de catálogo, menos el descuento que pierde por cambiar, calculado sobre la gama de referencia de las ventas y durante el período de referencia. La Comisión tendrá en cuenta el margen de error que puede ser fruto de las incertidumbres inherentes a este tipo de análisis.

La gama de referencia para el cálculo del precio efectivo en un determinado caso depende, tal y como señala la Comisión en la Comunicación de 2009, de las circunstancias concretas de cada asunto y de si el descuento es incremental o retroactivo. Para los descuentos incrementales, la gama de referencia suele corresponder a las compras incrementales que se están estudiando. Por lo general, para los descuentos retroactivos será conveniente evaluar en el contexto específico del mercado la cantidad de las necesidades de compra de un cliente que puede cambiarse siendo realista a un competidor (la "parte flexible" o "porción flexible"). Si es probable que los clientes estén dispuestos y sean capaces de cambiar grandes cantidades de demanda a un competidor (potencial) con relativa rapidez, es probable que la gama de referencia sea relativamente amplia. Si por el contrario es probable que los clientes sólo quieran o puedan cambiar pequeñas cantidades de forma

incremental, entonces la gama de referencia será relativamente pequeña. Para los competidores existentes, su capacidad de expandir las ventas a clientes y las fluctuaciones de dichas ventas a cierto plazo también pueden ofrecer una indicación de la gama de referencia. Para los competidores potenciales podrá evaluarse, cuando sea posible, a qué escala podría entrar, siendo realista, un nuevo operador. Cabe la posibilidad de tomar la estructura histórica de crecimiento de los nuevos operadores en el mismo mercado o en mercados similares como indicio de la cuota de mercado realista de un nuevo operador.

Otras observaciones económicas que han de ser tenidas en cuenta, según la Comisión, son las siguientes:

(a) Cuanto menor sea el precio efectivo calculado sobre la gama de referencia en comparación con el precio medio del proveedor dominante, más fuerte será el efecto de fidelización. Sin embargo, mientras el precio efectivo se mantenga regularmente por encima del LRAIC de la empresa dominante, un competidor con igual grado de eficiencia podrá normalmente competir de forma rentable a pesar del descuento. En estas circunstancias el descuento no suele poder producir un cierre anticompetitivo.

(b) Cuando el precio efectivo es inferior al AAC, por lo general el sistema de descuento puede producir un cierre incluso para los competidores eficientes. Cuando el precio efectivo esté entre el AAC y el LRAIC, la Comisión investigará si otros factores llevan a concluir que es probable que la entrada o la expansión de

competidores con igual grado de eficiencia se vea afectada. En este contexto, la Comisión investigará si los competidores disponen de contraestrategias realistas y eficaces y el alcance de éstas, por ejemplo la capacidad de aquéllos para utilizar también una parte rígida de la demanda de su comprador como instrumento para disminuir el precio de la gama de referencia. Cuando los competidores no dispongan de estas contraestrategias, la Comisión considerará que el sistema de descuento puede producir un cierre para los competidores con igual grado de eficiencia.

c) Práctica de la Comisión y Jurisprudencia

A continuación presentamos la práctica de la Comisión más relevante, antes de la adopción de la Comunicación de 2009, así como la jurisprudencia del Tribunal General y del Tribunal de Justicia en el ámbito de los descuentos partiendo de la distinción entre los tipos más comunes.

i. Descuento condicional

Los descuentos que son concedidos como contrapartida de una obligación para el cliente de comprar todas o la mayor parte de sus compras a la empresa dominante son contrarios al artículo 102 TFUE. Se considera que generan desventajas competitivas entre aquellos que se benefician de ellos y que, a su vez, restringen el acceso al mercado a suministradores competidores para la empresa dominante. Contribuirían así a un cierre anticompetitivo horizontal.

En el asunto *SUIKER UNIE (SU)*¹⁶⁷, el Tribunal de Justicia confirmó las conclusiones de la Comisión respecto al carácter abusivo de la práctica de SU, un grupo de productores de azúcar del sur de Alemania, que consistía en rebajar a sus clientes una cierta cantidad del precio de azúcar por cada tantos otros comprados, siempre y cuando cubrieran sus necesidades anuales exclusivamente de ese grupo. Como puede comprobarse, el descuento de fidelidad se presenta aquí muy próximo a una obligación de compra exclusiva.

Posteriormente, un análisis similar fue confirmado en el asunto *HOFFMANN-LA ROCHE*¹⁶⁸. El Tribunal de Justicia precisó que el hecho de subordinar la concesión de una rebaja a la obligación impuesta al cliente de realizar la mayor parte o un porcentaje elevado de sus compras a un suministrador equivalía a un descuento de fidelidad y era, por lo tanto, una práctica abusiva. El Tribunal de Justicia estableció lo siguiente: « *lo mismo puede decirse cuando dicha empresa, sin vincular a los compradores mediante una obligación formal, aplica, ya sea en virtud de acuerdos celebrados con esos compradores, ya sea unilateralmente, un sistema de descuentos por fidelidad, es decir, de bonificaciones sujetas a la condición de que el cliente se abastezca en lo que respecta a la totalidad o a una parte importante de sus*

¹⁶⁷ STJUE de 16 de diciembre de 1975, *Suiker Unie e.a. c. Comisión*, 40/73 à 48/73, 50/73, 54/73 à 56/73, 111/73, 113/73 et 114/73, Rec. 1975 p. 1663.

¹⁶⁸ STJUE de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche c. Comisión*, 85/76, Rec. 1979 p. 461. V. también STG de 29 de junio de 1995, *Solvay c. Comisión*, T-30/91, Rec. 1995 p. II-1775, recurrida en el asunto C-286/95 P, y C-395/96, *Compagnie Maritime Belge*.

necesidades —cualquiera que sea el importe, grande o pequeño, de sus compras— exclusivamente en la empresa que está en posición dominante ».

En este asunto, la posibilidad para el cliente de invocar una « cláusula inglesa », que le permitiría escapar de la obligación de exclusividad en la medida en que probase ofertas más bajas por parte de los competidores, no fue admitida por el Tribunal de Justicia como una manera de eliminar el carácter restrictivo del descuento. En particular, el Tribunal de Justicia consideró que esta cláusula permitía de hecho a la empresa dominante obtener informaciones incluso sobre el precio de los competidores que posteriormente podría utilizar para diseñar su estrategia en el mercado¹⁶⁹.

ii. Descuento ligado a objetivos de venta

Existen descuentos que son concedidos por la empresa dominante en función de la consecución de un cierto objetivo de compra por parte del cliente o del aumento de las ventas frente a un periodo de referencia previo (descuento de crecimiento). Si bien no se trata de descuentos que lleven a una fidelización directa, puesto que no están basados en el compromiso explícito o implícito del vendedor de aprovisionarse

¹⁶⁹ V. también el STG de 1 de abril de 1993, *BPB Industries y British Gypsum c. Comisión*, T-65/89, Rec. 1993 p. II-389, y STJUE de 6 de abril de 1995, *BPB Industries y British Gypsum c. Comisión*, C-310/93 P, Rec. 1995 p. I-865, en donde la facultad para un cliente de romper en todo momento su relación contractual con el suministrador dominante no eliminaba el carácter abusivo de la fidelidad exclusiva a la que se obligaba al cliente.

en su totalidad o en su mayor parte del suministrador, sí procuran resultados similares.

En el asunto *MICHELIN I*¹⁷⁰, la Comisión consideró que el sistema de bonificaciones implantado por Michelin en su estrategia como suministrador de neumáticos infringía el artículo 102 TFUE. Este sistema de descuentos estaba basado en la satisfacción de unos objetivos de venta previamente fijados de común acuerdo con sus vendedores al comienzo de cada campaña anual. Se basaban en una estimación de ventas de neumáticos que el vendedor debía cumplir. El Tribunal de Justicia consideró que el sistema de rebajas de objetivos practicado por Michelin constituía un abuso de posición dominante en la medida en que imponía al comprador una presión considerable al final del periodo de referencia para conseguir el objetivo y no perder el beneficio de la rebaja.

iii. Descuento cuantitativos

Los descuentos cuantitativos son aquéllos ligados a un volumen de venta concreto, sin necesidad de que haya una exclusividad vinculante para el cliente. Un sistema de descuentos cuantitativos suele consistir en una escala de descuentos en la que una tasa de descuento varía en función del volumen comprado.

¹⁷⁰ STJUE de 9 de noviembre de 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Comisión*, 322/81, Rec. 1983 p. 3461.

A la luz de la jurisprudencia, se considera que los programas de descuentos por volumen vinculados únicamente al volumen de compras efectuadas al productor dominante no tienen como efecto impedir que los clientes se abastezcan acudiendo a otros competidores y, por lo tanto, no constituyen una violación del artículo 102 TFUE¹⁷¹. Según el Tribunal de Justicia, si el aumento de la cantidad suministrada se traduce en un menor coste para el suministrador, éste está facultado para hacer que su cliente disfrute de esta reducción mediante una tarifa más favorable¹⁷². Por tanto, se supone que los descuentos por volumen reflejan la mayor eficiencia y las economías de escala conseguidas por la empresa dominante.

Ahora bien, determinados programas de descuentos por volumen pueden, dependiendo de las circunstancias, infringir el artículo 102 TFUE, si por encima del objetivo de alinear las economías de escala a las ventas de un producto, el programa en cuestión tiende a fidelizar a los clientes. Así, en el asunto *BRITISH AIRWAYS*, el Tribunal General consideró que «*un programa de descuentos cuyo porcentaje aumenta en función del volumen comprado no violará el artículo 82 CE, a menos que de los criterios y las modalidades de concesión de dicho descuento pueda deducirse que el programa no se basa en una contrapartida económicamente*

¹⁷¹ STJUE de 9 de noviembre de 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Comisión*, 322/81, Rec. 1983 p. 3461, § 71, y STJUE de 29 de marzo de 2001, *Portugal c. Comisión*, C-163/99, Rec. p. I-2613, § 50.

¹⁷² Conclusiones del abogado general Mischo en la STJUE de 29 de marzo de 2001, *Portugal c. Comisión*, C-163/99, Rec. p. I-2613, § 106.

justificada sino que tiende, a semejanza de un descuento por fidelidad y por objetivos, a impedir que los clientes se abastezcan acudiendo a productores competidores »¹⁷³.

De manera similar, en el asunto *MICHELIN II*, Michelin concedía a sus revendedores descuentos cuyo montante variaba en función de una misma escala de volumen de ventas aplicable a todos. Cuando un vendedor alcanzaba un nivel superior de la escala, los montantes de descuento¹⁷⁴. El Tribunal consideró que un sistema de descuentos cuantitativos, aplicado por un proveedor a sus clientes, que establece una variación importante en el porcentaje de descuento entre los escalones inferiores y los superiores, caracterizado por un período de referencia de un año y por la determinación del descuento tomando como base el volumen de negocios total realizado durante el período de referencia, presenta las características de un sistema de descuentos de fidelidad que implica una fuerte incitación a abastecerse de dicho proveedor¹⁷⁵.

¹⁷³ STG de 17 de diciembre de 2003, *British Airways c. Comisión*, T-219/99, Rec. 2003 p. II-5917, § 245 y ss. Parece desprenderse de lo anterior que un programa de remuneración de rendimiento será analizado en dos etapas: en primer lugar, ha de determinarse si el sistema de rebajas tiene como efecto fidelizar a los clientes a la empresa dominante, y si ello es afirmativo, determinar si tal sistema reposa sobre una contrapartida económicamente justificada.

¹⁷⁴ Decisión de la Comisión de 20 de junio de 2001, COMP/E-2/36.041/PO — Michelin (DO 2002, L 143, p. 1).

¹⁷⁵ STG de 30 septiembre 2003, *Michelin c. Comisión*, T-203/01, Rec. 2003 p. II-4071 I, § 95.

Por último, cabe destacar que las decisiones de la Comisión y la jurisprudencia parecen sugerir que un sistema de descuentos que dejaría la empresa dominante un margen de discreción considerable podría, como tal, ser abusivo a la luz del artículo 102 TFUE. A modo de ilustración, en el asunto *MICHELIN II*, la Comisión y el Tribunal consideraron que una “prima de servicio” ligada a la calidad del servicio suministrado por un vendedor violaba el artículo 102 TFUE debido a su carácter subjetivo. Según el Tribunal, « *un sistema de descuentos aplicado por una empresa en situación de posición dominante que deja a ésta un margen de apreciación discrecional nada despreciable por lo que respecta a la posibilidad de que sus clientes se beneficien de los descuentos, debe considerarse no equitativo, y constituye una explotación abusiva en el sentido del artículo [102 TFUE]* ».

iv. Descuento multiproducto

Se denomina descuento multiproducto a la práctica mediante la cual, si bien dos productos se venden por separado, la empresa dominante ofrece comprarlos de manera conjunta a un precio inferior al de la venta separada. En la Comunicación de 2009, la Comisión se refiere a este tipo de descuentos como descuentos multiproducto o venta por paquetes mixta.

Un descuento multiproducto puede ser contrario a la competencia en el mercado vinculado o en el vinculante si es tan grande que los competidores con igual grado

de eficiencia que sólo ofertan una parte de los componentes no pueden competir contra el paquete objeto del descuento.

En la práctica¹⁷⁶, la Comisión considera que si el precio incremental que los clientes pagan por cada uno de los productos del paquete de la empresa dominante se mantiene por encima del LRAIC que supone para la empresa dominante la inclusión de este producto en el paquete, la Comisión no intervendrá. En estos supuestos, esta institución considera que un competidor con igual grado de eficiencia que sólo tenga un producto debe en principio poder competir de forma rentable con el paquete. Ahora bien, puede que proceda a un control si el precio incremental está por debajo del LRAIC, porque en tal caso se puede impedir la expansión o la entrada incluso de un competidor con igual grado de eficiencia.

Si las pruebas indican que los competidores de la empresa dominante están vendiendo paquetes idénticos, o que podrían hacerlo, la Comisión considera que se trata de un paquete contra otro paquete, en cuyo caso habrá solamente de analizarse si el precio del producto es predatorio¹⁷⁷.

d) Justificación

Un sistema de descuentos y rebajas que tiene por efecto fidelizar a la clientela puede ser justificado objetivamente, si bien la jurisprudencia muestra que esta tarea resulta

¹⁷⁶ Comunicación de 2009, precitada, § 60.

¹⁷⁷ Comunicación de 2009, precitada, § 61.

muy difícil. En el asunto *HOFFMAN-LA ROCHE*, el Tribunal de Justicia rechazó considerar como justificación objetiva el hecho de que el descuento había sido concedido por petición del cliente¹⁷⁸. En el asunto *MICHELIN I*, el Tribunal de Justicia rechazó considerar el argumento de Michelin según el cual los descuentos tenían por efecto mejorar la organización de la producción y de la distribución de sus productos¹⁷⁹.

En la Comunicación de 2009, la Comisión afirma que tomará en consideración las alegaciones de las empresas dominantes de que los sistemas de descuento logran ventajas de coste o de otra índole que se transmiten a los consumidores. A menudo es más probable lograr ventajas de costes relacionadas con la transacción mediante unos objetivos de volumen estándar que con unos objetivos de volumen individuales. Del mismo modo, por lo general es más probable que los sistemas de descuentos incrementales den a los revendedores un incentivo para producir y revender un volumen mayor que los sistemas de descuentos retroactivos¹⁸⁰.

¹⁷⁸ STJUE de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche c. Comisión*, 85/76, precitada.

¹⁷⁹ STJUE de 9 de noviembre de 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Comisión*, 322/81, precitada, § 71.

¹⁸⁰ Comunicación de 2009, precitada, § 62.

C. Discriminación

a) Planteamiento

Según el artículo 102, letra c), TFUE, las empresas dominantes no pueden aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva.

En el caso de la discriminación de precios, tradicionalmente nos referimos a la práctica de aplicar a diferentes consumidores un precio de compra o de venta diferente por un producto o servicio equivalente, o un precio de compra o de venta similar por un producto o un servicio no equivalente¹⁸¹. En otros términos, esto significa aplicar a consumidores diferentes precios distintos que no vienen justificados por la diferencia en los costes de suministro del producto. Forzoso es constatar que todas las formas de abuso que tradicionalmente se han examinado a la luz del artículo 102 TFUE implican una práctica discriminatoria. Así, podemos encontrar un tinte discriminatorio en los supuestos de precios excesivo, de precios predatorios, de prácticas de vinculación, de denegación de suministros, etc. En

¹⁸¹ Decisión de la Comisión de 23 de julio de 2004, COMP/A.36.568/D3, *Scandlines Sverige AB v Porto of Helsingborg* (unreported). V. también las conclusiones del abogado general Kokott para la STJUE de 15 de marzo de 2007, *British Airways c. Comisión*, C-95/04 P, Rec. 2007 p. I-2331.

muchas ocasiones resulta complicado constatar que la discriminación sea un tipo autónomo de abuso¹⁸².

Para la determinación de una discriminación en los precios se requiere, en primer lugar, constatar la concurrencia de los siguientes cuatro condiciones acumulativas:

(1) *Condiciones desiguales*, que generalmente vienen articuladas a través del precio. Las diferencias en las condiciones ha de ser observada desde el punto de vista de la parte a quien se le aplican tales condiciones.

(2) *Prestaciones equivalentes*, para lo cual ha de evaluarse tanto la naturaleza d los bienes o servicios como las condiciones de comercialización¹⁸³. De ordinario, para probar la existencia o no de una equivalencia, se suele recurrir a la relación de costes que implica la prestación en particular, si bien esta tarea no es fácil de llevar a cabo por la dificultad en la identificación de tales costes¹⁸⁴. En el asunto *UNITED BRANDS*, el Tribunal de Justicia estableció que «*las diferencias en gastos de transporte, fiscalidad, derechos de aduana, salarios de la mano de obra,*

¹⁸² MUYSERT, P., “Price discrimination – An unreliable indicator of market power”, *European Competition Law Review*, vol. 25, nº 6, 2004, p. 353; y LORENZ, M., LUBBIG, M., y RUSSEL, A., “Price discrimination, a tender story”, *European Competition Law Review*, 2005, p. 355.

¹⁸³ Decisión de la Comisión de 23 de julio de 2004, preciada, § 249.

¹⁸⁴ Cfr. ATJUE de 27 de abril de 1999, *Deutsche Bahn c. Comisión*, C-436/97 P, Rec. 1999 p. I-2387.

*condiciones de comercialización y las diferencias de paridad de las monedas e intensidad de la competencia puedan llevar a niveles de precio »*¹⁸⁵.

(3) *Terceros contratantes*, que han de guardar una relación de competencia entre ellos.

(4) *Desventaja comparativa*. Este requisito no ha estado tan presente en todos los asuntos abordados por la Comisión y el Tribunal de Justicia en este ámbito¹⁸⁶. Ahora bien, en cualquier caso, la jurisprudencia sugiere que este último es un requisito que se cumple automáticamente cuando la discriminación es establecida.

Por otro lado, las prácticas de discriminación son consideradas, por lo general, como conductas de naturaleza excluyente por cuanto son susceptibles de afectar la estructura competitiva en el mercado donde opera la empresa dominante (« *primary-line discrimination* »). En este caso, la empresa dominante que discrimina en sus precios puede, al igual que ocurre en supuestos de descuentos con vocación fidelizadora, consolidar su posición o impedir la entrada de nuevos operadores. La

¹⁸⁵ STJUE de 14 de febrero de 1978, *United Brands et United Brands Continentaal c. Commission*, 27/76, Rec. 1978 p. 207, § 228. V. RIDYARD, D., “Exclusionary pricing and price discrimination abuses under article 82 – An economic analysis”, *European Competition Law Review*, vol. 23, n° 6, 2002, p. 286.

¹⁸⁶ Decisión de la Comisión de 2 de junio de 2004, COMP/38.096 — Clearstream (DO C 165, p. 5), § 302, que no demuestra en particular la existencia de una desventaja comparativa en este caso concreto. V. RIDYARD, D., *precitado*, p. 287.

existencia de « terceros contratantes » no es un requisito en este tipo de prácticas, lo cual podría hacer pensar que habría de tratarlas bajo otra rúbrica.

Asimismo, su conducta puede ir encaminada favorecer a sus compradores habituales frente al resto de sus competidores. En el asunto *SUIKER UNIE*, el Tribunal de Justicia estableció lo siguiente: « *es preciso constatar que el comportamiento de la empresa en posición dominante en un mercado no sólo es discriminatorio, sino que también pretende falsear la relación de competencia, es decir, a obstaculizar la posición competitiva de una parte de los socios comerciales de esta empresa frente al resto* »¹⁸⁷. En este sentido, las prácticas discriminatorias tienen efectos muy similares también a las políticas de descuentos con vocación fidelizadora. Esto ocurre con frecuencia en supuestos en los que la empresa dominante en un mercado ascendente se encuentra integrada verticalmente con una filial en el mercado descendente. En el asunto *DEUTSCHE BAHN*, el operador alemán Deutsche Bahn aplicaba precios diferentes por el transporte de contenedores dependiendo de si iban dirigidos a los puertos de Hamburgo o Bremen (Alemania) o de Amberes (Bélgica) o Rotterdam (Holanda), dado que en los puertos alemanes operaba a través de una filial¹⁸⁸.

¹⁸⁷ STJUE de 16 de diciembre de 1975, *Suiker Unie e.a. c. Comisión*, 40/73 à 48/73, 50/73, 54/73 à 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. 1975 p. 1663, § 523 y 524.

¹⁸⁸ Decisión de la Comisión de 29 de marzo de 1994, IV/33.941 — HOV-SVZ/MCN (DO L 104, p. 34), confirmada por STG de 21 de octubre de 1997, *Deutsche Bahn c. Comisión*, T-229/94, Rec. 1997 p. II-1689, y por ATJUE de 27 de abril de 1999, *Deutsche Bahn c. Comisión*, C-436/97 P, Rec. 1999 p. I-2387. V, a este respecto, BISHOP, W., “Price discrimination under article 86: political economy in the European Court”, *The Modern Law*

Ahora bien, las prácticas también pueden tener naturaleza de explotación, si se aplican condiciones más onerosas a los consumidores que se encuentran limitados por la falta de alternativas (« *second line discrimination* »). Este es el supuesto que parece precisamente desprenderse de la dicción literal del artículo 102 TFUE. Así lo puso de manifiesto la Comisión en la decisión *HILTI*¹⁸⁹:

« una política de precios selectivamente discriminatoria por parte de una firma dominante diseñada puramente para perjudicar los negocios o detener la entrada en el mercado de sus competidores, al tiempo que mantiene precios más altos para el núcleo de sus otros clientes, explota a estos otros clientes y destruye la competencia. Por ello, constituye una conducta abusiva a través de la cual una empresa dominante puede reforzar su ya de por sí preponderante posición en el mercado. El abuso en este caso ya no gira sobre si los precios estaban por debajo de los costes. Depende más bien del hecho de que, gracias a esta posición dominante, [la empresa] podía

Review, vol. 44, 1981, p. 287. Cfr. SHER, B., “Price discounts and Michelin II: what goes around comes around”, *European Competition Law Review*, vol. 23, nº 10, 2002, p. 482.

¹⁸⁹ Decisión de la Comisión de 22 de diciembre de 1987, IV/30.787 y 31.488 — Eurofix-Bauco c. Hilti (DO L 65, p. 19), § 81. V. BISHOP, W, precitado, p. 288; y MUYSERT, P., precitado, p. 353.

ofrecer precios especiales discriminatorios a los clientes de sus competidores con vistas a perjudicar su negocio al tiempo que podía mantener precios más altos a sus propios clientes equivalentes ».

Por último, cabe señalar que la Comisión ha condenado como práctica abusiva la discriminación de precios geográfica y sobre la base de la nacionalidad. Esta conducta generalmente lleva asociadas otras prácticas tendentes a la compartimentación de los mercados y a evitar las importaciones o exportaciones paralelas de los mercados más baratos a los más caros. En este sentido, se suelen categorizar en ocasiones como prácticas contrarias al mercado común¹⁹⁰. Se cuestiona si el artículo 102 TFUE es la base más oportuna para evitar este tipo de conductas.

b) Práctica de la Comisión y jurisprudencia

i. Discriminación de precios o de condiciones

En el asunto *IRISH SUGAR*, esta sociedad concedía descuentos diferentes a sus clientes según exportaran o no su producto. Irish Sugar quiso justificar esta

¹⁹⁰ Decisión de la Comisión, de 20 de Julio de 1999, en el asunto IV/36.888, Copa del Mundo de Fútbol 1998 (DO L 5, p. 55).

diferencia de trato en el hecho de que las transacciones con los clientes no eran equivalentes¹⁹¹.

En el asunto *BRITISH SUGAR*¹⁹², la Comisión consideró que la discriminación provenía del hecho de que British Sugar, que operaba tanto en el mercado al por mayor que al por menor, se cargaba un precio menor a sí misma que a otra empresa competidora.

ii. Discriminación geográfica

Un supuesto particular es la discriminación de precios geográfica. Según el Tribunal de Justicia, el artículo 102 TFUE no se opone a que una empresa en posición dominante fije precios diferentes en los diversos Estados miembros, en especial, cuando las diferencias de precio responden a variaciones en las condiciones de comercialización y en la intensidad de la competencia¹⁹³. Ahora bien, cuando las diferencias en el precio no pueden ser atribuidas a condiciones objetivas de mercado, sino a las políticas destinadas a mantener condiciones artificiales entre diferentes Estados, tal práctica constituirá una infracción del artículo 102 TFUE. Generalmente

¹⁹¹ STG de 7 de octubre de 1999, *Irish Sugar c. Comisión*, T-228/97, Rec. 1999 p. II-2969, § 157.

¹⁹² Decisión de la Comisión de 18 de julio de 1988, IV/30.178 Napier Brown — British Sugar (DO L 284, p. 41)

¹⁹³ STG de 6 de octubre de 1994, *Tetra Pak c. Comisión*, T-83/91, Rec. 1994 p. II-755, § 160

suele haber presentes cláusulas en los contratos que impiden la reventa paralela de los productos, lo que lleva a la sospecha de la jurisprudencia.

En el asunto *UNITED BRANDS*, se puso de manifiesto que una discriminación de precios entre mercados de diferentes Estados miembros podía, en determinadas circunstancias, dar lugar a la aplicación del artículo 102 TFUE. En este asunto, UB tenía por práctica vender sus plátanos a distribuidores europeos a precios que variaban según el Estado miembro en el que se encontrara. La Comisión consideró que esta práctica constituía un abuso de posición dominante prohibido en virtud del Tratado. En su decisión, insistió en que los plátanos vendidos en el mercado común eran transportados por los mismos barcos, estaban sometidos a los mismos costes de desembarco y eran vendidos bajos las mismas condiciones de venta y de pago. Ni la Comisión ni el Tribunal de Justicia consideraron que las diferentes condiciones de mercado a nivel de los distribuidores fuera una justificación objetiva que justificara la imposición de precios diferentes¹⁹⁴.

En el asunto *TETRA PAK II*, el Tribunal de Justicia ha considerado un abuso la práctica de precios diferentes en distintos Estados miembros « *en el contexto de una compartimentación artificial de los mercados nacionales* »¹⁹⁵.

¹⁹⁴ STJUE de 14 de febrero de 1978, *United Brands y United Brands Continentaal c. Commission*, 27/76, Rec. 1978 p. 207.

¹⁹⁵ STG de 6 de octubre de 1994, *Tetra Pak c. Comisión*, T-83/91, Rec. 1994 p. II-755.

iii. Discriminación por nacionalidad

La Comisión consideró que la empresa organizadora del mundial de fútbol del 1998 había abusado de su posición dominante dando preferencia a los nacionales franceses¹⁹⁶. Asimismo, son típicos dentro de esta categoría los supuestos de esquemas proteccionistas de los Estados en materia de servicios de transporte. Son destacados en este sentido el asunto *DEUTSCHE BAHN* y el asunto *AÉROPORTS DE PARIS*¹⁹⁷.

c) Justificación

Una discriminación en el precio podrá escapar de la aplicación del artículo 102 TFUE si puede ser objetivamente justificada. Las justificaciones que pueden plantearse son (i) la consecución de economías de escala, en el sentido de que un cliente que compra cantidades importantes de un producto permite a un suministrador hacer economías de coste de producción o de distribución de modo que quede justificado que pague menos; (ii) o que el distribuidor ofrezca, respecto

¹⁹⁶ Decisión de la Comisión de 20 de Julio de 1999, IV/36.888—Copa del Mundo de Fútbol 1998 (DO L 5, p. 55).

¹⁹⁷ STJUE de 29 de marzo de 2001, *Portugal c. Comisión*, C-163/99, Rec. 2001 p. I-2613; STG de 21 de octubre de 1997, *Deutsche Bahn c. Comisión*, T-229/94, Rec. 1997 p. II-1689, y por ATJUE de 27 de abril de 1999, *Deutsche Bahn c. Comisión*, C-436/97 P, Rec. 1999 p. I-2387; y decisión de la Comisión de 11 de junio de 1998, IV/35.613 — Alpha Flight Services/Aéroports de Paris (DO L 230, p. 10) y STG de 12 de diciembre de 2000, *Aéroports de Paris c. Comisión*, T-128/98, Rec. 2000 p. II-3929.

de los otros distribuidores ventajas al suministrador, tales como servicios destinados a promover la venta de los productos del suministrador. Generalmente se ha dicho que discriminación en el precio puede aumentar la demanda más allá de los límites permitidos por un precio uniforme, permitiendo así un acceso a los productos o bienes a más consumidores.

D. Precios predatorios

a) Planteamiento

Una de las prácticas más controvertidas en el marco del artículo 102 TFUE es la de los precios predatorios. La conducta predatoria es aquella en la una empresa dominante incurre deliberadamente en pérdidas o renuncia a beneficios a corto plazo, mediante la aplicación de precios de venta inferiores al precio de coste.

Una conducta predatoria está dirigida de manera primaria a la eliminación de competidores en el mercado. Asimismo, como consecuencia de la conducta predatoria, la empresa dominante aumentará su poder de mercado y aumentará sus precios por encima del nivel que existía antes de tal conducta, a fin de beneficiarse del sacrificio. Ahora bien, lo anterior no siempre es necesario. Resulta suficiente, por ejemplo que la conducta impida o retrase una disminución de los precios que se hubiera producido sin tal conducta.

Siempre ha resultado difícil distinguir entre una respuesta legítimamente competitiva y una acción abusiva en el ámbito de los precios predatorios. En sustancia, la cuestión fundamental siempre se refiere a qué nivel de reducción de precios debemos alcanzar para que tal conducta sea considerada como contraria al artículo 102 TFUE. Ello es así porque la existencia de una conducta predatoria va ligada a la reducción de precios, y ésta es, por otro lado, una de las características normales y esperadas del proceso competitivo.

Los asuntos relativos a conductas predatorias han sido relativamente escasos, si bien algunos de entre ellos son recientes.

b) Comunicación de 2009

En la Comunicación de 2009¹⁹⁸, la Comisión señala que, si dispone de suficientes datos fiables, la Comisión analizará si el competidor tiene un igual grado de eficiencia para determinar si la conducta puede ser lesiva para los consumidores. Normalmente sólo los precios inferiores al LRAIC pueden excluir del mercado a los competidores con igual grado de eficiencia.

Además de otros factores, la Comisión señala que investigará generalmente si la conducta sospechosa reducirá la probabilidad de que los rivales compitan y de qué modo lo hará. A modo de ilustración, si la empresa dominante está mejor informada sobre el coste u otras condiciones de mercado o si puede falsear las señales del

¹⁹⁸ A continuación se exponen los § 67 a 73 de la Comunicación de 2009.

mercado sobre la rentabilidad, puede incurrir en prácticas predatorias para influir en las expectativas de los posibles nuevos operadores, disuadiendo así la entrada en el mercado. Si la conducta y sus efectos se hacen tangibles en varios mercados y/o en períodos sucesivos de posible entrada, puede demostrarse que la empresa dominante pretende tener la reputación de aplicar una conducta predatoria. Si el competidor afectado depende de la financiación externa, las disminuciones de precios sustanciales u otras conductas predatorias de la empresa dominante podrían incidir negativamente en los resultados del competidor de tal manera que su acceso a nueva financiación pudiera verse seriamente socavado.

Por otro lado, la Comisión indique que no es necesario demostrar que los competidores han abandonado el mercado para probar que ha existido un cierre anticompetitivo en él. No se puede excluir la posibilidad de que empresa dominante prefiera impedir que el rival compita intensamente y obligarlo a seguir los precios de la empresa dominante, en vez de eliminarlo totalmente del mercado. Este elemento de disciplina evita el riesgo inherente a la eliminación de competidores, en especial el riesgo de que los activos del competidor se vendan a bajo precio y permanezcan en el mercado creando un nuevo operador de bajo coste.

Hablando en términos generales, según la Comisión, es probable que los consumidores resulten perjudicados si la empresa dominante puede esperar razonablemente que, una vez finalice la conducta predatoria, su poder de mercado

sea mayor que el que hubiera tenido de no haber incurrido en esa conducta en primer lugar, es decir, si es probable que la empresa pueda beneficiarse del sacrificio.

Lo anterior no significa, según la Comisión, que sólo vaya a intervenir cuando sea probable que la empresa dominante pueda subir sus precios por encima del nivel que existía en el mercado antes de la conducta. Es suficiente, a modo de ilustración, con que sea probable que la conducta impida o retrase una disminución de los precios que se hubiera producido sin la conducta. La determinación de la existencia de un perjuicio para el consumidor no es un cálculo mecánico de beneficios y pérdidas, y no es necesario probar que existieron beneficios globales. Se puede demostrar un perjuicio probable para el consumidor evaluando el efecto probable de cierre del mercado de la conducta, combinado con el examen de otros factores, tales como los obstáculos a la entrada. En este contexto, la Comisión también estudiará las posibilidades de volver a entrar en el mercado¹⁹⁹.

En fin, la empresa dominante podrá aplicar más fácilmente una conducta predatoria si se dirige selectivamente a clientes específicos con precios bajos, pues esto limitará las pérdidas de la empresa dominante. La Comisión entiende que es menos probable que la empresa dominante aplique una conducta predatoria si esta consiste en la aplicación general de un precio bajo durante mucho tiempo.

¹⁹⁹ V., a este respecto, GLOCKNER, J. y BRUTTEL, L., “Predatory pricing and recoupment under EC competition law – per se rules, underlying assumptions and the reality: results of an experimental study”, *European Competition Law Review*, vol. 31, 2010, p. 423.

c) Práctica de la Comisión y Jurisprudencia

El primer asunto relativo a los precios predatorios fue el asunto *AKZO CHEMIE*²⁰⁰, sociedad miembro del grupo multinacional AKZO, que intentó excluir a ECS, un modesto competidor británico, del mercado de los aditivos de harina en el Reino Unido e Irlanda. En efecto, ECS suministraba peróxido benzoico, que se usa para dos fines distintos, estos son, como aditivo de harina y para la fabricación de plásticos. Según la Comisión, AKZO había intentado eliminar a este competidor para impedirle que tuviera acceso al mercado de la Unión de peróxidos orgánicos para la industria plástica, un mercado muy importante sobre el que AKZO tenía una posición dominante. ECS tenía la intención de utilizar los beneficios de sus actividades sobre el mercado de aditivos de harina para realizar la extensión al otro mercado. La reacción de AKZO fue la de retirar a ECS de todos los medios financieros para una tal operación. La Comisión estimó, a este respecto, que AKZO había amenazado a ECS de reducir sus precios en el mercado británico, si este último no renunciaba a su proyecto de penetrar en el mercado de peróxidos orgánicos. Debido al rechazo de parte de ECS, AKZO ejecutó su amenaza, practicando, durante un periodo muy prolongado, precios anormalmente bajos. El Tribunal de Justicia confirmó este análisis de la Comisión. Estimó que precios inferiores a los costes medios variables por los que una empresa dominante buscar eliminar un competidor deben ser considerados como abusivos. Según el Tribunal de Justicia, una empresa no tiene ningún interés a aplicar tales precios porque cada

²⁰⁰ STJUE de 3 de julio de 1991, *AKZO c. Comisión*, C-62/86, Rec. 1991 p. I-3359, § 60.

venta produce una pérdida, a menos que su intención sea la de eliminar a un competidor y, a continuación, aumentar los precios. El Tribunal de Justicia ha considerado incluso que precios inferiores a los costes medios totales y superiores a los costes medios variables son abusivos cuando hacen parte de un plan destinado a eliminar a un competidor²⁰¹. Tales precios pueden eliminar del mercado de empresas que son igualmente eficientes que la empresa dominante, pero que no disponen de los mismos recursos financieros. La distinción entre costes medios totales y coste medios variables es reconocida en derecho antitrust norteamericano en el que la noción de « predatory pricing » se encuentra limitada a los precios inferiores a los coste medios variables (test *Areeda-Turner*)²⁰².

Por otro lado, hay que destacar que en el asunto *TETRA PAK II*²⁰³, la Comisión y el Tribunal de Justicia condenaron una práctica de precios predatorios efectuada por una

²⁰¹ RAPP, R., “Predatory pricing and entry deterring strategies: the economics of AKZO”, *European Competition Law Review*, 1986, p. 233, y RAPP, R., “Predatory Pricing Analysis: A Practical Synthesis”, *Antitrust Law Journal*, vol. 59, p. 595. V, también, ORDOVER, R., y SALONEN, R., “Predation, monopolisation and antitrust” en SCHMALENSEE, R., y WILLIG, R., *The Handbook of Industrial Organisation*, North-Holland, 1989.

²⁰² La denominación de este test encuentra su origen en la publicación AREEDA, P. y TURNER D., “Predatory pricing and related practices under section 2 of the Sherman Act: A comment” *Harvard Law Review*, vol. 88, 1975, p. 697. A propósito de este test, véase también SCHERER, F. M., “Predatory pricing and the Sherman Act: a comment”, *Harvard Law Review*, vol. 89, 1976, p. 869; WILLIAMSON, O., “Predatory pricing: a strategic and welfare analysis”, *Yale Law Journal*, vol. 87, 1977, p. 284; BRODLEY, J. y HAY, G., “Predatory pricing: competition economic theories and the evolution of legal standards”, *Cornell Law Review*, vol. 66, 1981, p. 738.

²⁰³ STG de 6 de octubre de 1994, *Tetra Pak c. Comisión*, precitada.

empresa dominante en el mercado (embalaje no aséptico) sobre otro mercado vecino en la cual no tenía una posición dominante (embalaje aséptico).

Por último, en el asunto *WANADOO*, la Comisión Europea ha adoptado una decisión contra Wanadoo Interactive, filial de France Télécom, por abuso de posición dominante en la forma de fijación de precios predatorios en el campo de acceso a Internet vía ADSL para el público en general. La Comisión señaló que hasta octubre de 2002 los precios minoristas facturados por Wanadoo fueron inferiores al costo. Esta práctica tenía como resultado la restricción a la entrada en el mercado y el desarrollo de la competencia en detrimento de los consumidores en un mercado fundamental para el desarrollo de la sociedad de la información. Dada la gravedad y la duración del abuso, la Comisión impone una multa de €10,35 millones.

En efecto, desde finales de 1999 hasta octubre de 2002, Wanadoo ofreció en el mercado sus servicios de ADSL a precios inferiores a los costes medios. Las investigaciones de la Comisión revelaron que los precios cobrados por Wanadoo fueron significativamente inferiores a los costes variables hasta agosto de 2001, antes de establecerse para el próximo período de aproximadamente el nivel de los costes variables, pero muy por debajo de los costes totales. La comercialización masiva de los servicios ADSL de Wanadoo no comenzó hasta marzo de 2001, fecha en la que, según la Comisión, comenzó el abuso.

Esta práctica condujo a Wanadoo a soportar pérdidas importantes hasta finales de 2002. Coincidió con un plan para que la compañía pudiera adquirir una ventaja significativa en el acceso al mercado estratégico para la Internet de banda ancha. El abuso sancionado por la Comisión destinada a conquistar la mayor parte de un mercado en auge, en detrimento de otros competidores. Desde enero 2001 hasta septiembre 2002, la cuota de Wanadoo en el mercado aumentó del 46% al 72% en un mercado cuyo tamaño había aumentado más de cinco veces durante este período.

El nivel de pérdidas necesarias para competir con Wanadoo tuvo un efecto disuasorio sobre los competidores. Al final del período abusivo, ningún competidor tenía más del 10% de cuota de mercado, y el primer competidor Wanadoo había comprobado que su cuota de mercado se deterioraba rápidamente. Un proveedor de servicios ADSL (Mangoosta) desapareció en agosto de 2001. Los efectos del comportamiento de Wanadoo no se limitaron a los competidores en el segmento de ADSL, sino que se han extendido a los operadores de cable que proporcionan acceso a Internet de banda ancha.

La Comisión considera que las prácticas encaminadas a captar mercados estratégicos como el mercado de banda ancha requieren una vigilancia especial. Esta decisión está en consonancia con la decisión contra Deutsche Telekom sobre el precio del bucle local²⁰⁴. Ambas decisiones reflejan la determinación de la Comisión de impedir las prácticas de exclusión por parte de los operadores históricos en

²⁰⁴ STJUE de 14 de octubre de 2010, *Deutsche Telekom c. Comisión*, C-280/08 P (todavía no publicada).

mercados de las telecomunicaciones. Esta decisión ha sido confirmada por el Tribunal General²⁰⁵ y por el Tribunal de Justicia²⁰⁶.

d) Justificación

Se considera poco probable que la conducta predatoria cree eficiencias. Sin embargo, la Comisión ha indicado que tendrá en cuenta las alegaciones de las empresas dominantes de que los precios bajos permiten lograr economías de escala o eficiencias relacionadas con la expansión del mercado²⁰⁷.

E. Denegación de suministro

a) Planteamiento

El artículo 102 TFUE tiene por objeto, entre otros, hacer que las empresas dominantes se abstengan de adoptar conductas que puedan tener como resultado un perjuicio directo para los competidores en el mercado. Ahora bien, ¿significa esto

²⁰⁵ STJUE de 30 de enero de 2007, *France Télécom c. Commission*, T-340/03, Rec. 2007 p. II-107.

²⁰⁶ STJUE de 2 de abril de 2009, *France Télécom c. Comisión*, C-202/07 P, Rec. 2009 p. I-2369.

²⁰⁷ Comunicación de la Comisión de 2009, precitada, § 62. Cfr., GRAVENGAARD, M., “The meeting competition defence principle – a defence for price discrimination and predatory pricing”, *European Competition Law Review*, vol. 12, 2006, p. 658.

último que tienen la obligación de asistir a sus competidores a fin de que éstos puedan participar en él?

La violación del artículo 102 TFUE por no respetar una obligación de suministro es una cuestión ciertamente delicada. A título de principio, cualquier empresa, ya sea dominante o no, debe tener derecho a entablar relaciones comerciales libremente. Una obligación contraria a este principio pueden afectar a los incentivos de las empresas para invertir e innovar, con la posibilidad de que ello redunde en detrimento de los consumidores. Como indica la Comisión en la Comunicación de 2009, el hecho de que una empresa dominante sepa que estará obligada a suministrar un insumo o conceder el acceso a una instalación de la que es propietaria en contra de su voluntad puede llevarlas a no invertir o a invertir menos en la actividad concernida²⁰⁸. Además, los competidores pueden tener la tentación de aprovecharse de las inversiones de la empresa dominante en lugar de invertir ellos mismos.

Cabe distinguir entre los supuestos de denegación de suministro y de denegación de acceso a instalaciones esenciales o concesión de licencias sobre derechos de propiedad intelectual.

²⁰⁸ STOTHERS, M., “Refusal to supply as abuse of a dominant position: essential facilities in the European Union”, *European Competition Law Review*, vol. 22, nº 7, 2001, p. 256; SUBIOTTO, R., “The Right to Deal with Whom One Pleases under EEC Competition Law – A Small Contribution to a Necessary Debate”, *European Competition Law Review*, vol. 6, 1992, p. 239.

Tratándose del primer supuesto, ha de señalarse que, desde el plano de la competencia, los problemas suelen aparecer cuando la empresa dominante, que, por lo general, es productora de un insumo, entra en competición con el comprador a quien se niega a suministrar su producto. El mercado del insumo se suele denominar mercado ascendente (« *upstream market* »), mientras que el del producto para cuya fabricación el insumo denegado es necesario se conoce como mercado descendente (« *downstream market* »)²⁰⁹.

Cabe destacar que la denegación de suministro puede presentarse de manera pura y simple, o bien bajo la forma de lo que se denomina una « *denegación constructiva* ». En este último caso, basta con demorar indebidamente o degradar de cualquier otro modo el suministro del producto, o incluso imponer condiciones inaceptables a cambio de dicho suministro²¹⁰.

En otras ocasiones, la denegación de suministro también se presenta muy próxima a las conductas de vinculación que examinaremos más adelante, razón por la cual la Comisión entiende que ha de examinar conforme a los principios de estos últimos. En estos supuestos, el suministro se condiciona a que el comprador acepte

²⁰⁹ En otras ocasiones, no obstante, también puede generarse problemas con la competencia en el mercado en el que la empresa es dominante, es decir, en aquél donde ejerce de suministrador. Generalmente, estos casos se refieren a intentos por parte de la empresa en el mercado descendente de competir en el ascendente. V. WHISH, R., precitado, p. 700

²¹⁰ Estos tres tipos son enumerados en la decisión de la Comisión de 16 de septiembre de 1998, Trans-Atlantic Conference Agreement (TACA) (DO L 95, p. 1).

limitaciones en su conducta. Así una empresa dominante puede decidir interrumpir los suministros para castigar a los clientes por comerciar con competidores. Alternativamente, puede denegarlos a aquellos clientes que no acepten los acuerdos de productos vinculados.

En fin, la denegación de suministro puede consistir bien en una interrupción del suministro anterior, bien en las denegaciones de suministrar un bien o un servicio que la empresa dominante no suministraba antes a otras empresas. En este caso, hablamos de denegaciones de suministro de novo.

En segundo lugar, dentro del ámbito de la denegación de suministro, un supuesto particular es aquél en el que la denegación parte de la imposibilidad física, económica o legal de reproducir una infraestructura de la que es titular la empresa dominante, pero que, por otro lado, resulta indispensable para llevar a cabo una actividad comercial. En realidad, en este tipo de supuestos, no se emplean tanto los términos denegación de suministro como los de denegación de acceso. Esta categoría también comprende la denegación en la concesión de una licencia sobre derechos de propiedad intelectual o la denegación de proporcionar informaciones necesarias para garantizar la interoperabilidad de sistemas²¹¹.

²¹¹ Aunque la jurisprudencia sugiere que es más difícil probar un caso de abuso de posición dominante en un supuesto de acceso a una instalación esencial que en un supuesto de concesión de licencia.

La doctrina de las instalaciones esenciales comenzó a ser discutida con ocasión del proceso de liberalización que se produjo fundamentalmente en los denominados sectores de red. Generalmente, ésta es una cuestión que concierne y es tratada mediante regulación *ex ante*, más que a través de un control de competencia *ex post*. Sin embargo, la ausencia de regulación en ciertos casos concretos ha hecho inevitable la intervención del derecho de la competencia. En esencia, la jurisprudencia establece que todo acceso a una instalación esencial en términos menos favorables para el competidor que los aplicados a sí mismo y sin una justificación objetiva constituye una violación del artículo 102 TFUE²¹². Ahora bien, también han de concurrir una serie de circunstancias, que recoge la Comunicación de 2009²¹³.

En los supuestos de acceso a instalaciones esenciales ponen de manifiesto la paradoja a la que hacíamos referencia anteriormente y que viene expuesta en las conclusiones del Abogado General Jacobs en el asunto Oscar Bronner. Como es lógico, lo que en un principio puede verse como favorecedor para la competencia en el corto plazo, puede no serlo tanto si se desincentiva a las empresas a crear sus propias estructuras de red²¹⁴.

²¹² Cfr. TEMPLE LANG, J., “Defining legitimate competition: companies’ duties to supply competitors and access to essential facilities”, *Fordham International Law Journal*, vol. 18, 1994, p. 437; MULLER, U. y RODENHAUSEN, A., “The rise and fall of the essential facility doctrine”, *European Competition Law Review*, vol. 29, nº 5, 2008, p. 310.

²¹³ Comunicación de 2009, precitada, § 75.

²¹⁴ Conclusiones de 28 de mayo de 1998 del Abogado General Sr. Jacobs para la STJUE de 26 de noviembre de 1998, *Oscar Bronner*, C-7/97, Rec. 1998 p. I-7791. V. también BERGMAN, M.,

La denegación de suministro puede mostrarse necesaria, en ocasiones, para que la empresa dominante pueda obtener un rendimiento adecuado de las inversiones realizadas en la actividad comercial de suministro. Asimismo, una denegación de suministro puede ser admitida si la empresa dominante puede demostrar²¹⁵ que su nivel de innovación en el mercado descendente se verá probablemente afectado negativamente por la obligación de suministro o por los cambios estructurales de las condiciones de mercado que conllevaría la imposición de dicha obligación.

b) Comunicación de 2009

De acuerdo con la Comunicación de 2009, a fin de constatar la violación del artículo 102 TFUE por denegación de suministro, es necesario que concurran las siguientes circunstancias acumulativas²¹⁶.

En primer lugar, la denegación de suministro ha de referirse a un producto o servicio objetivamente necesario para poder competir con eficacia en un mercado descendente. Esto no significa que sin el insumo denegado ningún competidor

“Editorial: The Bronner Case – A turning point for essential facilities”, *European Competition Law Review*, vol. 21, 2000, p. 59.

²¹⁵ STG de 17 de septiembre de 2007, T-201/04, *Microsoft c. Comisión*, Rec. 2007, p. II-3601, § 659.

²¹⁶ Se exponen a continuación los § 76 y siguientes de la Comunicación de 2009, precitada.

podría introducirse o sobrevivir en el mercado descendente²¹⁷. Un insumo es imprescindible más bien cuando no haya ningún sustituto real o potencial en el que puedan basarse los competidores del mercado descendente para contrarrestar —al menos a largo plazo— las consecuencias negativas de la denegación²¹⁸. A este respecto, la Comisión procederá por lo general a evaluar si los competidores podrían realmente, en un futuro próximo, producir un insumo igual que el de la empresa dominante. Esta capacidad de copiar el insumo supone la creación de una fuente alternativa eficaz de suministro que permita a los competidores ejercer una presión competitiva sobre la empresa dominante en el mercado descendente²¹⁹.

El hecho de poner fin a un acuerdo de suministro tendrá más probabilidades de ser considerado abusivo que si se trata de una denegación de novo. Por ejemplo, si la empresa dominante había suministrado antes a la empresa que pide el producto, y si ésta había hecho inversiones destinadas específicamente a utilizar el insumo posteriormente denegado, es más probable que la Comisión considere imprescindible el insumo en cuestión. Del mismo modo, el hecho de que el dueño del insumo esencial en el pasado haya considerado que le interesaba suministrar es una indicación de que el suministro del insumo no implica ningún riesgo de que el

²¹⁷ STG de 17 de septiembre de 2007, T-201/04, *Microsoft c. Comisión*, Rec. 2007, p. II-3601, aparts 428 y 560 a 563.

²¹⁸ STJUE de 6 de abril de 1995, *RTE et ITP c. Comisión*, C-241/91 P y C-242/91 P, Rec. 1995 p. I-743, § 52 y 53; STJUE de 26 de noviembre de 1998, *Bronner*, C-7/97, Rec. 1998 p. I-7791, § 44 y 45.

²¹⁹ STJUE de 26 de noviembre de 1998, *Bronner*, C-7/97, Rec. 1998 p. I-7791, § 46; STJUE de 29 de abril de 2004, *IMS Health*, C-418/01, Rec. 2004 p. I-5039, § 29.

dueño reciba una compensación inadecuada por su inversión original. Por lo tanto, correspondería a la empresa dominante demostrar por qué las circunstancias han cambiado de tal manera que el hecho de continuar su relación existente de suministro pondría en el peligro su compensación adecuada.

En segundo lugar, la denegación debe dar lugar a la eliminación de la competencia efectiva en el mercado descendente, ya sea inmediatamente o a cierto plazo. La probabilidad de eliminar la competencia efectiva es generalmente mayor cuanto más alta es la cuota de mercado de la empresa dominante en el mercado descendente; cuanto menos se limite la capacidad de la empresa dominante en relación con los competidores en el mercado descendente; cuanto más cerca esté la sustitución entre el insumo de la empresa dominante y el de sus competidores en el mercado descendente; cuanto mayor sea la proporción de competidores afectados en el mercado descendente; y cuanto más probable sea que la demanda que podría ser satisfecha por los competidores excluidos se desvíe de ellos en beneficio de la empresa dominante.

En tercer lugar, debe ser probable que la denegación redunde en perjuicio de los consumidores. La Comisión considera que los consumidores pueden resultar perjudicados, por ejemplo, cuando los competidores excluidos por la empresa dominante de resultados de la denegación se ven impedidos de lanzar al mercado bienes o servicios innovadores y/o cuando es probable que se frustre la innovación

subsiguiente²²⁰. Esto puede ocurrir concretamente si la empresa que pide el suministro no pretende limitarse esencialmente a ofertar los bienes o servicios ya ofertados por la empresa dominante en el mercado descendente, sino que se propone producir bienes o servicios nuevos o mejorados para los que existe una demanda potencial de los consumidores o que puedan contribuir al desarrollo técnico²²¹. La Comisión también considera que una denegación de suministro puede perjudicar al consumidor cuando el precio en el mercado ascendente del insumo está regulado, el precio en el mercado descendente no está regulado y la empresa dominante, al excluir a los competidores en el mercado descendente mediante una denegación de suministro, puede obtener en el mercado descendente no regulado más beneficios de los que obtendría en el caso contrario.

c) Jurisprudencia

i. Denegación de suministro a clientes existentes

²²⁰ STG de 17 de septiembre de 2007 T-201/04, *Microsoft c. Comisión*, Rec. 2007, p. II-3601, § 643, 647 a 649, 652 a 653 y 656.

²²¹ STJUE de 29 de abril de 2004, *IMS Health c. NDC Health*, C-418/01, Rec. 2004, p. I-5039, § 49; asunto T-201/04, *Microsoft c. Comisión*, Rec. 2007, p. II-3601, § 658.

El asunto *COMERCIAL SOLVENTS*²²² fue el primero decidido por el Tribunal de Justicia en el ámbito de la denegación de suministro de insumos y constituye una buena ilustración de lo que se entiende por esta conducta abusiva.

Comercial Solvents Co. (CSC) era una empresa norteamericana dedicada a la producción de nitropropano y aminobutanol, un compuesto necesario para la producción de fármacos. CSC comercializaba sus productos en el mercado común a través de su filial italiana Istituto Chermioterapico Italiano SpA (ICI), uno de cuyos clientes ordinarios era el laboratorio Zoja. Tras una serie de años suministrando nitropropano y aminobutanol, ICI comenzó a producir sus propios fármacos a base de este mismo producto y CSC, por su parte, decidió que no suministraría más sus productos en el mercado común. En este contexto, la Comisión consideró que la negativa a suministrar dicho producto a Zoja constituía un abuso de posición dominante. El Tribunal de Justicia confirmó la conclusión de la Comisión. En particular, consideró que:

« una empresa que dispone de una posición dominante para la producción de materias primas y que, por lo tanto, se encuentra capacitada para controlar el suministro a los fabricantes de productos derivados, no puede adoptar, por el simple hecho de haber decidido empezar ella misma a producir

²²² STJUE de 6 de marzo de 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano y Commercial Solvents c. Comisión*, 6/73 y 7/73, Rec. 1974 p. 223.

dichos derivados, una decisión mediante la cual entraba en competencia con sus anteriores clientes, un comportamiento que pueda eliminar la competencia de éstos »²²³.

El Tribunal de Justicia ha considerado, en sentencias posteriores, que la reducción de suministro a empresas en una situación comparable pero que, como consecuencia de tal reducción, las deja en una desventaja, es igualmente una práctica abusiva²²⁴. Asimismo, el Tribunal de Justicia estableció que el mismo principio de Commercial Solvents se aplica igualmente al suministro de servicios²²⁵.

Por otro lado, en el asunto *UNITED BRANDS*²²⁶. El principio de que una negativa a vender puede infringir el artículo 102 TFUE fue confirmada por el Tribunal de Justicia en el asunto United Brands (UB). En este caso, uno de los abusos señalados por la Comisión en su decisión fue que UB, suministrador dominante de plátanos en la mayoría de los países del mercado común, había decidió dejar de suministrar su

²²³ STJUE de 6 de marzo de 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano y Commercial Solvents c. Comisión*, 6/73 y 7/73, Rec. 1974 p. 223, § 25. V. también STJUE de 3 de octubre de 1985, *CBEM*, 311/84, Rec. 1985 p. 3261. V. también SUBIOTTO, R., y O'DONOGHUE, R., "Defining the scope of the duty of dominant firms to deal with existing customers under article 82", *European Competition Law Review*, vol. 24, 2003, p. 683.

²²⁴ STJUE de 29 de junio de 1978, *Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij e.a. c. Comisión*, 77/77, Rec. 1978 p. 1513.

²²⁵ STJUE de 3 de octubre de 1985, *CBEM*, 311/84, Rec. 1985 p. 3261.

²²⁶ STJUE de 14 de febrero de 1978, *United Brands y United Brands Continentaal c. Comisión*, 27/76, Rec. 1978 p. 207.

mercancía al distribuidor danés Olesen. UB hacía valer, por su parte, que Olesen había participado en una campaña publicitaria a favor de uno de los competidores, que era además el representante exclusivo del principal competidor de UB en Dinamarca y que, en definitiva, había comenzado a ser negligente en la venta de sus productos. Sus medidas estarían orientadas, por tanto, a proteger sus intereses comerciales.

El Tribunal de Justicia estableció, de entrada, lo siguiente:

« una empresa que se encuentra en una posición dominante para la distribución de un producto —y que se beneficia del prestigio de una marca conocida y apreciada por los consumidores— no puede dejar de abastecer a un cliente antiguo y que respeta los usos del comercio, cuando los pedidos de dicho cliente no tienen carácter anormal ».

A continuación, el Tribunal de Justicia reconoció que toda empresa tiene derecho a proteger sus intereses comerciales, si bien ello no debe hacerse a base de medidas cuya finalidad es la de reforzar la posición dominante. De hecho, las medidas empleadas a tal fin han de ser proporcionales a la amenaza, teniendo en cuenta igualmente la fuerza económica de la empresa dominante. En este caso particular, el Tribunal de Justicia consideró que las medidas adoptadas por UB habían sido excesivas y que el cese de suministro suponía una interferencia seria en la

independencia de pequeñas y medianas empresas en sus relaciones comerciales. El Tribunal añadió:

«Estas empresas, si lo desean, tienen el derecho de dar preferencia a los bienes de los competidores sin arriesgarse a que la empresa dominante se venga de ellos negándoles el suministro ».

- ii. Denegación de acceso a clientes nuevos (I). Rechazo de proporcionar una licencia sobre los derechos de propiedad intelectual

Un supuesto similar a la denegación de suministro de un insumo es la negativa de conceder una licencia sobre los derechos de propiedad intelectual de la que es titular una empresa dominante. Como es lógico, un derecho de propiedad intelectual confiere un derecho exclusivo para su explotación. La cuestión que se planteó en un primer momento, por tanto, es en qué medida el artículo 102 TFUE podía limitar tal disfrute y fundamental una obligación de concesión de licencia para la empresa dominante.

En el asunto *VOLVO*²²⁷, una empresa pretendía la concesión de una licencia sobre los derechos de propiedad intelectual de un fabricante de automóviles para producir piezas de recambio. En su sentencia, el Tribunal de Justicia estableció lo siguiente:

« el rechazo de la concesión de una licencia a un tercero no es en sí un abuso de posición dominante en la medida en que la facultad del titular de un derecho de propiedad intelectual de impedir a terceros fabricar y vender o importar, sin su consentimiento, productos que incorporen dicho modelo, constituye el contenido mismo de su derecho exclusivo. Por tanto, una obligación impuesta al titular del modelo protegido de conceder a terceros una licencia para suministrar productos que incorporen el modelo protegido, incluso a cambio de una compensación económica razonable, supondría privar a dicho titular del contenido de su derecho exclusivo. »

No obstante, el Tribunal de Justicia igualmente matizó que:

« el ejercicio de este derecho exclusivo por el titular de un modelo relativo a piezas para carrocería de vehículos automóviles puede estar prohibido por el artículo 102 TFUE si

²²⁷ STJUE du 5 octobre 1988, *Volvo*, 238/87, Rec. 1988 p. 6211

da lugar, por parte de una empresa que ocupa una posición dominante, a determinados comportamientos abusivos tales como la negativa arbitraria a suministrar piezas de recambio a los talleres independientes, la fijación de los precios para las piezas de recambio a un nivel no equitativo o la decisión de no seguir produciendo piezas de recambio para un determinado modelo cuando todavía circulan muchos vehículos de ese tipo, a condición de que dichos comportamientos puedan afectar al comercio entre Estados miembros. »

Por otro lado, en el *ASUNTO MAGILL*²²⁸, tres cadenas de televisión rechazaron acordar una licencia de copyright a la sociedad Magill TV Guide a fin de permitirle publicar en una guía la programación semanal de cada una de ellas. La Comisión consideró que estas sociedades habían abusado de su posición dominante –cada una a título individual respecto a su propia lista de programación– impidiendo la introducción sobre el mercado de un nuevo producto y que ellas habían utilizado sus derechos de autor de manera abusiva.

²²⁸ STG de 10 de julio de 1991, *RTE c. Comisión*, T-69/89, Rec. 1991 p. II-485; STJUE de 6 de abril de 1995, *RTE y ITP c. Comisión*, C-241/91 P y C-242/91 P, Rec. 1995 p. I-743.

Tanto el Tribunal General como el Tribunal de Justicia confirmaron el parecer de la Comisión. En sus sentencias, consideraron, en esencia, un abuso puede darse en la siguiente situación:

« cuando unas sociedades de teledifusión se amparan en los derechos de autor que les confiere la legislación nacional para impedir a otra empresa publicar unas informaciones (la cadena, el día, la hora y el título de las emisiones), debido a que, en primer lugar, este comportamiento obstaculiza la aparición de un producto nuevo, que las recurrentes no ofrecían ; en segundo lugar, a que la negativa no estaba justificada ni por la actividad de radiodifusión televisiva ni por la de edición de revistas de televisión y, en tercer lugar, a que las sociedades interesadas se reservan mediante su comportamiento, un mercado secundario, el de las guías semanales de televisión, excluyendo cualquier competencia en este mercado, puesto que negaban el acceso a la información básica, materia prima indispensable para la elaboración de dicha guía. »

El pronunciamiento anterior por parte del Tribunal de Justicia dio lugar a muchos comentarios por parte de la doctrina, que denunciaban la vulnerabilidad del derecho de propiedad intelectual que parecía derivarse de la sentencia frente a la aplicación

del artículo 102 TFUE. En un momento posterior, en el asunto Oscar Bronner, el Tribunal de Justicia quiso enfatizar que esta sentencia había de entenderse dentro de las circunstancias excepcionales de aquel caso particular. En particular, el Tribunal de Justicia estableció que tales circunstancias excepcionales consistían en el hecho de que la denegación controvertida afectaba a un producto (información acerca de los programas semanales) cuya entrega resultaba indispensable para el ejercicio de la actividad en cuestión (edición de una guía general de televisión), y a que, sin la citada entrega, la persona que deseara ofrecer tal guía se hallaba en la imposibilidad de editarla y de ofrecerla en el mercado. Insistía pues en que la denegación de la licencia eliminaba toda competición en el mercado secundario e impedía la aparición de un nuevo producto

Por último, en el asunto *IMS HEALTH*²²⁹, una sociedad alemana deseaba acceder a la base de datos de IMS. A diferencia de los anteriores, este asunto respondía a una cuestión preliminar planteada por un tribunal alemán.

En su sentencia, el Tribunal de Justicia estableció las condiciones para establecer un abuso ante la denegación de un suministro de una concesión de una licencia. El Tribunal de justicia se expresó en estos términos:

²²⁹ STJUE de 29 de abril de 2004, *IMS Health c. NDC Health*, C-418/01, Rec. 2004, p. I-5039.

« [...] para que la negativa de una empresa titular de un derecho de autor a permitir el acceso a un producto o a un servicio indispensable para desarrollar una actividad determinada pueda calificarse de abusiva, basta que se cumplan tres requisitos con carácter acumulativo, a saber, que esa negativa obstaculice la aparición de un producto nuevo para el que existe una demanda potencial de los consumidores, que carezca de justificación y que pueda excluir toda competencia en un mercado secundario. »

Se desprende de lo anterior que no es necesario que el producto denegado ya se haya comercializado. Sería suficiente que haya demanda de compradores potenciales y que pueda determinarse un mercado potencial para el insumo en cuestión²³⁰.

iii. Denegación a clientes nuevos (II). Concesión de acceso a una instalación esencial o a una red

La jurisprudencia parece mostrar un punto de cautela a la hora de reconocer el acceso a infraestructuras esenciales. Así, en el asunto *LADBROKE*,²³¹ el Tribunal General consideró que una denegación de suministro no es conforme al artículo 102

²³⁰ STJUE de 29 de abril de 2004, *IMS Health c. NDC Health*, C-418/01, Rec. 2004, p. I-5039, § 44.

²³¹ STG de 12 de junio de 1997, *Tiercé Ladbroke c. Comisión*, T-504/93, Rec. 1997 p. II-923.

TFUE solamente si el producto o servicio es realmente esencial para el ejercicio de la actividad relevante. En este sentido, el suministro de imágenes audiovisuales sobre carreras de caballos por parte de operadores franceses no era esencial para el negocio de loterías y apuestas del demandante. En el asunto *EUROPEAN NIGHT SERVICES*²³², el Tribunal General sostuvo que el producto o servicio no podría ser considerado necesario o esencial salvo que no hubiese sustituto real o potencial para él.

Las sentencias anteriores desembocaron finalmente en la adopción de la sentencia en el asunto *OSCAR BRONNER*²³³. Bronner era un editor austriaco que publicaba un periódico de tirada reducida. La empresa Mediaprint, en cambio, publicaba un periódico con una cuota del 71%, y ello era en parte debido a su servicio de librería a domicilio. Bronner consideró que Mediaprint había abusado de su posición de dominio al no incluir su periódico en dicha red de distribución. La cuestión de si el rechazo de Mediaprint constituía una violación del artículo 102 TFUE se elevó al Tribunal de Justicia mediante una cuestión preliminar.

En sus conclusiones, el Abogado General hizo referencia a los peligros de garantizar un derecho de acceso a una instalación esencial a todo competidor de una empresa

²³² STG de 15 de septiembre de 1998, *European Night Services e.a. c. Comisión*, T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, Rec. 1998 p. II-3141.

²³³ STJUE de 26 de noviembre de 1998, *Bronner*, C-7/97, Rec. 1998 p. I-7791, § 53 y ss.

dominante que lo solicitara. La competencia podría verse afectada en el largo plazo, aunque intentara auparse a un competidor.

El Tribunal de Justicia consideró, en primer lugar, que Mediaprint disfrutaba de un monopolio en el mercado de distribución a domicilio (« mercado ascendente »). A continuación, dispuso que la denegación de acceso a la red en causa habría de tener como resultado la eliminación probable de la competición en el mercado de la publicación de periódicos (« mercado descendente ») y ser indispensable para desarrollar el negocio de la publicación de diarios. En el asunto en particular, el Tribunal de Justicia no lo consideró así. Los requisitos descritos en la Comunicación de 2009 encuentran una inspiración importante en el razonamiento del Tribunal de Justicia en este asunto.

d) Justificación

Lo cierto es que incluso en la jurisprudencia posterior, no ha sido fácil satisfacer las exigencias del Tribunal de Justicia relativas a las justificaciones. En el asunto *BPB*²³⁴, el Tribunal General consideró que, si bien en tiempos de escasez de reservas una empresa dominante puede reducir su suministro, ello no justifica un trato de

²³⁴ STG de 1 de abril de 1993, *BPB Industries y British Gypsum c. Comisión*, T-65/89, Rec. 1993 p. II-389, confirmada por la STJUE de 6 de abril de 1995, *BPB Industries y British Gypsum c. Commission*, C-310/93 P, Rec. 1995 p. I-865.

favor por parte de dicha empresa hacia clientes leales. La empresa dominante debe actuar de acuerdo con un criterio objetivo.

F. Control de márgenes

a) Planteamiento

En lugar de denegar el suministro, una empresa puede aplicar al producto en el mercado ascendente, en el cual es dominante, un precio que, en comparación con el precio que aplica en el mercado descendente, donde compite con otras empresas a las cuales también suministra, no permite que ni siquiera un competidor con igual grado de eficiencia comercie de forma rentable en el mercado descendente de forma duradera. En otros términos, un estrechamiento de márgenes es un margen insuficiente entre el precio de un producto ascendente A y el precio de un producto descendente A+B del que A es un componente.

b) Comunicación de 2009

En casos de compresión de márgenes, la Comisión ha señalado que el parámetro que suele utilizar para determinar los costes de un competidor con igual grado de eficiencia es el LRAIC de la división descendente de la empresa dominante integrada.

c) Práctica de la Comisión y Jurisprudencia

En el asunto *DEUTSCHE TELEKOM*²³⁵, la Comisión Europea adoptó una decisión contra Deutsche Telekom AG (DT) por abuso de posición dominante de precios no equitativos para la provisión de acceso local a su red fija de telecomunicaciones (bucle local). La Comisión consideró que las tarifas de acceso mayorista al bucle local solicitado por DT a los nuevos entrantes son más altos que los precios cobrados a los clientes para el acceso al por menor. Esta práctica estrechamiento de la entrada en el mercado de los competidores, la elección de límite de consumo entre los proveedores de servicios de telecomunicaciones e impide la competencia de precios. La acción de la Comisión a las quejas de un número de nuevos participantes en el mercado alemán de las telecomunicaciones. Dada la gravedad y la duración del abuso, la Comisión impone una multa de 12,6 millones de euros. Los tribunales europeos han respaldado la decisión de la Comisión.

En segundo lugar, cabe destacar que la decisión *TELEFÓNICA* de la Comisión consideró que, de septiembre de 2001 a diciembre de 2006, el margen entre los precios minoristas de Telefónica y sus precios para el acceso mayorista de banda ancha, tanto a nivel nacional como a nivel regional, era insuficiente para cubrir los costes que un operador tan eficiente como Telefónica tendría que soportar para ofrecer acceso minorista de banda ancha.

²³⁵ STG de 10 de abril de 2008, *Deutsche Telekom c. Comisión*, T-271/03, Rec. 2008 p. II-477; y STJUE de 14 de octubre de 2010, *Deutsche Telekom c. Comisión*, C-280/08 P, todavía no publicada, § 85 y siguientes.

Frente a la pregunta de si esta decisión sería contraria a los incentivos de inversión de Telefónica, la Comisión ha considerado, en primer lugar, que la infraestructura de esta sociedad era, en gran medida, fruto de inversiones emprendidas para el suministro de servicios de telefonía fija tradicional mucho antes de la liberalización y de la aparición de la banda ancha en España. Las inversiones que tenían la finalidad de habilitar esta infraestructura para que pudiese transportar banda ancha se realizaron en un contexto en el que la reglamentación española obligaba a Telefónica a suministrar acceso mayorista a sus competidores. Al obligar a Telefónica a suministrar acceso mayorista a sus competidores, el regulador realizó un análisis equilibrado entre la necesidad de estimular la competencia en beneficio de los consumidores y la necesidad de estimular la inversión y la innovación. En segundo lugar, los precios deben determinar por sí mismos el nivel competitivo que envíe las señales adecuadas para incentivar la inversión y la innovación en el mercado. Los precios que tienen como efecto la exclusión de competidores, y que imponen un perjuicio duradero para el consumidor envían señales equivocadas para la inversión. Por último, es importante mantener los incentivos de inversión e innovación para todas las compañías en el mercado y no sólo para Telefónica.

Finalmente, frente a la cuestión de por qué su sanción fue mayor que la de Deutsche Telekom, la Comisión ha señalado que este asunto constituyó el primer precedente de estrechamiento de márgenes en los mercados de banda ancha en aplicación del artículo 102 TFUE y que esta decisión debería haber aclarado a Telefónica las

consecuencias que se derivan de la imposición de precios no equitativos. El comportamiento de Telefónica demuestra que las multas impuestas en estos casos no tuvieron un suficiente efecto disuasorio.

El Tribunal General se ha pronunciado recientemente en el recurso de anulación presentado contra la decisión de la Comisión, confirmando las conclusiones de la institución europea²³⁶.

G. Vinculación y venta por paquetes

a) Planteamiento

La última práctica abusiva a la que se refiere expresamente el artículo 102, apartado 2, letra d), TFUE, es aquella que consiste en subordinar la conclusión de un contrato a la aceptación por los competidores de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza y los usos comerciales, no presentan ninguna relación con el objeto de los contratos. En otros términos, una empresa que detenta una posición dominante sobre el mercado de un producto o de un servicio no puede subordinar la venta de dicho producto o la prestación de tal servicio a la venta de otro. Al primer producto se lo denomina « producto vinculante » y al segundo « producto vinculado »²³⁷.

²³⁶ STG de 29 de marzo de 2012, *Telefónica y Telefónica de España c. Comisión*, T-336/07, no publicada todavía, § 169 y siguientes.

²³⁷ RIDYARD, D., “Tying and bundling – Cause of complaint?”, *European Competition Law Review*, vol. 26, n° 6, p. 316.

De manera similar, la venta por paquetes se refiere a la forma en que la empresa dominante oferta los productos y determina sus precios. En el caso de la venta por paquetes « pura », los productos sólo se venden conjuntamente en proporciones fijas. En la venta por paquetes mixta, también conocida como « descuento multiproducto », los productos también se venden por separado, pero la suma de los precios de los productos por separado es superior al precio del paquete.

La vinculación y la venta por paquetes son prácticas comunes que pretenden suministrar a los consumidores productos u ofertas mejores de manera más rentable. Sin embargo, una empresa dominante en un mercado de producto vinculante o vendido por paquetes, puede perjudicar a los consumidores al cerrar el mercado a los otros productos que forman parte de la vinculación (mercado vinculado) e, indirectamente, el mercado vinculante.

La vinculación y la venta por paquetes puede dar lugar a efectos anticompetitivos en el mercado vinculado, en el mercado vinculante o en ambos al mismo tiempo. Incluso cuando el objetivo de la vinculación o de la venta por paquetes por parte de la empresa dominante es proteger su posición en el mercado vinculante, ello no excluye que indirectamente se pueda producir el cierre en el mercado vinculado²³⁸.

²³⁸ ELHAUGE, E., “Tying, bundled discounts, and the death of the single monopoly profit theory”, Harvard Law Review, vol. 123, 2009, p. 397. Cfr. ART, J-Y, y MCCURDY, G. S., “The European Commission’s Media Player remedy in its Microsoft Decision: compulsory code

b) Comunicación de 2009

Según la Comunicación de 2009, la Comisión actuará de conformidad con el artículo 102 TFUE cuando una empresa sea dominante en el mercado vinculante, y no necesariamente en el mercado vinculado²³⁹. Además, otras tres condiciones han de ser satisfechas: (i) los productos vinculantes y vinculados son productos distintos; (ii) es probable que la vinculación dé lugar a un cierre anticompetitivo del mercado²⁴⁰.

Tratándose de la primera condición, la distinción entre los productos depende de la demanda de los consumidores. En sustancia, dos productos serán considerados distintos si, no existiendo una vinculación o venta por paquetes, un número sustancial de clientes compraría o habría comprado el producto vinculante sin comprar también al mismo proveedor el producto vinculado²⁴¹.

removal despite the absence of tying or foreclosure”, *European Competition Law Review*, vol. 11, 2004, p. 694.

²³⁹ A continuación se exponen los apartados 47 a 58 de la Comunicación de la Comisión de 2009.

²⁴⁰ STG de 17 de septiembre de 2007, *Microsoft c. Comisión*, T-201/04, Rec. 2007, p. II-3601, en especial los aparts. 842, 859 a 862 y 869. V., también, NALEBLUFF, B., “Bundling as an entry barrier”, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 119, 2004, p. 159.

²⁴¹ STG de 17 de septiembre de 2007, *Microsoft c. Comisión*, T-201/04, Rec. 2007, p. II-3601, § 917, 921 y 922. Una discusión sobre este asunto se encuentra en VELASCO SAN PEDRO, L. A. y HERRERO SUÁREZ, C., “Vinculación y negativa a contratar. Reflexiones en torno al caso Microsoft: sentencia del TPI de 17 de septiembre de 2007”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, nº 2, 2008, pp. 193-217; KRAMLER, T., BUHR, C-C., y WYNS,

Respecto a la segunda condición, la Comisión considera los siguientes factores como de importancia particular para identificar los casos probables o reales de cierre anticompetitivo del mercado.

En primer lugar, el riesgo de cierre anticompetitivo del mercado es mayor cuando la estrategia de vinculación o de venta por paquetes de la empresa dominante es duradera. A modo de ilustración, la vinculación técnica reduce las oportunidades de reventa de los componentes individuales.

En el supuesto particular de la venta por paquetes, la empresa puede tener una posición dominante en más de uno de los productos del paquete. Cuando mayor sea el número de estos productos del paquete, más probable es el cierre anticompetitivo del mercado. Esto es más probable cuando difícilmente un competidor podría producir un paquete similar, ya sea por sí solo o en combinación con otros.

La vinculación puede suponer una menor competencia para los clientes interesados en comprar el producto vinculado, pero no el producto vinculante. Si no hay un número suficiente de clientes que vayan a comprar sólo el producto vinculado que

D., “The judgement of the Court of First Instance in the Microsoft case”, Competition Policy Newsletter, vol. 3, 2007, p. 39; y AHLBORN, C., BAILEY, D., y CROSSLEY, H., “An antitrust análisis of tying: position paper”, GCLC Research papers on article 82 EC, julio 2005, p. 166 y ss; y ALHBORN, C., EVANS, D. S., y PADILLA, A. J., “The antitrust economics of tying: a farewell to per se illegality”, Antitrust Bulletin, vol. 49, 2004, pp. 287-341.

permita sostener a los competidores de la empresa dominante en el mercado vinculado, la vinculación puede dar lugar a que estos clientes se encuentren con precios mayores.

Si el producto vinculante y el vinculado pueden utilizarse en proporciones variables en tanto que insumos de un proceso de producción, los clientes pueden reaccionar ante un aumento del precio del producto vinculante aumentando su demanda del producto vinculado y disminuyendo al mismo tiempo su demanda del producto vinculante. La vinculación de los dos productos por la empresa dominante puede intentar precisamente evitar esta sustitución.

Si los precios que la empresa dominante puede aplicar en el mercado vinculante están regulados, la vinculación puede permitir a la empresa dominante subir los precios en el mercado vinculado para compensar la pérdida de ingresos causada por la regulación del mercado vinculante.

Si el producto vinculado es un producto complementario importante para los consumidores del producto vinculante, una disminución de los proveedores alternativos del producto vinculado, y por lo tanto una menor disponibilidad de este producto, puede hacer que sea más difícil entrar únicamente en el mercado vinculante.

c) Práctica de la Comisión y Jurisprudencia

EN EL ASUNTO *IBM*, La Comisión consideró que esta empresa había abusado de su posición dominante al no suministrar las unidades centrales de su ordenador de alta gama (sistema 370) sin la capacidad de memoria principal y el sistema operativo dentro del precio (vinculación de la memoria y del sistema operativo). Un procedimiento de investigación fue abierto por la Comisión en este sentido, aunque posteriormente fue terminado debido a la retractación de esta política comercial de IBM.

Por otro lado, en el asunto *HILTI*, la Comisión consideró que Hilti, productor de diversos aparatos de fijación utilizados en la industria de la construcción, había abusado de su posición dominante al no suministrar cargadores a ciertos usuarios finales o distribuidores salvo cuando pedían tales cargadores con un complemento necesario de « clous ». Hilti reducía igualmente el montante de sus descuentos por las comandas de cartuchos no acompañados de comandas de clavos. Esta reducción estaba fundada esencialmente en el hecho de que el cliente se valía de los clavos de los concurrentes de Hilti. El Tribunal rechazó el argumento de Hilti según el cual la venta vinculada estaba justificada por razones de seguridad.

d) Justificación

Las prácticas de vinculación y venta por paquetes pueden suponer un ahorro en la producción o la distribución que beneficiará a los consumidores. Además, pueden suponer una reducción de los costes de transacción para los clientes, que de otro modo estarían obligados a comprar los componentes por separado, y permiten un ahorro sustancial en coste de embalaje y distribución para los proveedores. Asimismo, la combinación de dos productos independientes en un nuevo producto único podría aumentar la capacidad de introducir ese producto en el mercado en beneficio de los consumidores. Por último, las prácticas de vinculación y venta por paquetes pueden permitir al proveedor transmitir eficiencias resultantes de su producción o comprar grandes cantidades del producto vinculado²⁴².

3. CONSIDERACIONES FINALES

La Comunicación de 2009 ha establecido un nuevo enfoque para el examen de los distintos tipos de abuso por parte de las empresas que disfrutan de una posición de dominio en el mercado. Esta Comunicación no tiene en sí misma valor jurídico. No obstante, cualquier aproximación a la aplicación del artículo 102 TFUE, fundamentalmente en los supuestos de abusos de exclusión, ha de ser sensible a las

²⁴² V. GYSELEN, L., “Rebates: Competition on the merits or exclusionary practices”, en 8th EU Competition Law and Policy Workshop, What is an abuse of a dominant position?, European University Institute, junio 2003.

consideraciones expresadas por la Comisión en ella. Como el Abogado General Mazak ha destacado en sus conclusiones del 2 de septiembre de 2010 para la sentencia del Tribunal de 17 de febrero de 2011, *TELIASONERA*, C-52/09, a pesar de que la Comunicación de 2009 no sea vinculante para los tribunales europeos, las indicaciones establecidas en su texto constituyen « *un punto de referencia útil* » para analizar los casos relativos a la aplicación del artículo 102 del TFUE.

Hasta el momento, la Comisión ha impuesto sanciones por abuso de posición dominante tomando como partida fundamentalmente los elementos formales constitutivos de un abuso establecidos por la jurisprudencia y sin examinar, por tanto, los efectos concretos de cierre de mercado de una determinada práctica comercial sobre el mercado. Sin embargo, esta manera de aplicar el artículo 102 TFUE está siendo modificada paulatinamente. En varias de las decisiones analizadas a lo largo de este capítulo, la Comisión ha incluido un análisis económico sobre los efectos anticompetitivos de la práctica atribuida a la empresa dominante, si bien es cierto que hasta el momento siempre ha enfatizado que no está obligada a adoptar este enfoque porque la mayor parte de las prácticas comerciales están prohibidas por su propia naturaleza. Lo cierto es que hasta ahora esta defensa de la Comisión está respaldada por la jurisprudencia tanto del Tribunal de Justicia como del Tribunal General, que se han mostrado reticentes a reconocer la obligación de la Comisión de demostrar los efectos negativos sobre el mercado. A modo de ilustración, en los casos de descuentos exclusivos, el Tribunal de Justicia ha considerado que toda rebaja concedida por una empresa dominante a un cliente cambio de un compromiso

de comprar exclusivamente o casi exclusivamente todos sus productos es contraria en sí misma al artículo 102 del TFUE.

Sin embargo, la cuestión de la aplicación del artículo 102 del TFUE debe hacer el objeto de una reflexión más profunda que no tardará en conducir al Tribunal de Justicia a reconsiderar su jurisprudencia actual hasta el punto de estimar que, en el contexto del análisis de una práctica comercial de una empresa dominante, la Comisión debe analizar los efectos sobre la competencia en el mercado de referencia para cada caso en particular.

Es importante destacar que exigir a la Comisión que demuestre los efectos de una determinada práctica en la competencia no tiene ningún impacto en el objetivo que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, concierne a las disposiciones del Tratado. Este objetivo es el de la protección de la estructura del mercado a fin de garantizar precios bajos para los consumidores en el largo plazo. En efecto, el Tribunal de Justicia ha establecido recientemente, en el asunto *T-MOBILE*, que las normas de competencia establecidas en el Tratado están destinadas a « *proteger no sólo los intereses de los competidores o consumidores de manera inmediata, sino la estructura del mercado y la competencia como tal* »²⁴³. La noción de « restricción de la competencia », por lo tanto, debe continuar siendo entendida como toda práctica unilateral de una empresa dominante capaz de excluir competidores que ya estén en el mercado o cerrar el mercado a los competidores

²⁴³ STJUE de 4 de junio de 2009, *T Mobile y otros*, C-8/08, Rec. p. I 4529, § 38)

potenciales. Ésta es la misma orientación que la Comisión parece haber adoptado en la Comunicación de 2009 al afirmar que *« la Comisión hace hincapié en la salvaguarda del juego de la competencia en el mercado interior y en garantizar que las empresas que disfrutan de una posición dominante no excluyan a sus competidores por otros medios que no sean la competencia basada en los méritos de los productos o servicios que ofrecen. Con ello, la Comisión tiene en cuenta que lo realmente importante es la protección de la eficacia del juego de la competencia y no simplemente la protección de los competidores. Esto bien puede dar lugar a que los competidores que benefician menos a los consumidores en términos de precio, posibilidades de elección, calidad e innovación abandonen el mercado »*.

Sin embargo, es necesario hacer hincapié en que la protección de la competencia en el sentido descrito en el punto anterior no es equivalente a la protección de cualquier competidor, sino solamente de los competidores que son tan eficaces como la empresa dominante. En primer lugar, ésta es la única manera de asegurar precios más bajos para los consumidores en el largo plazo de acuerdo con el objetivo descrito en la jurisprudencia anterior. En segundo lugar, a título general, una empresa dominante no deberían ser penalizada por la violación del artículo 102 del TFUE para proteger a los competidores que no son tan eficientes. De lo contrario, la empresa dominante podría perder toda la motivación para continuar sus esfuerzos en términos de eficiencia y la innovación y facilitar la competencia basada en los méritos de cada empresa se vería comprometida.

Es por esta razón que la propia Comisión en su Comunicación de 2009, ha afirmado, como propuesta general en la aplicación del artículo 102 del TFUE que sólo intervendría cuando la conducta en cuestión ya ha obstaculizado o pueden obstaculizar la competencia de las empresas consideran tan eficaces como la empresa dominante (Comunicación de 2009, § 23).

En fin, cabe señalar que la exigencia de un análisis de los efectos fue impuesta recientemente por los tribunales en relación con otras prácticas empresariales en materia de precios, incluyendo la compresión de márgenes. En particular, en la sentencia *DEUTSCHE TELEKOM*, el Tribunal de Justicia ha establecido que efectos negativos, siquiera potenciales sobre la competencia, deben ser demostrados para que una práctica de compresión de márgenes sea considerada contraria al artículo 102 del TFUE²⁴⁴. Del mismo modo, en la sentencia *TELIA SONERA*, el Tribunal de Justicia ha sostenido que, a los fines de examinar la legalidad de una práctica de márgenes de compresión, el efecto anticompetitivo de la misma en el mercado debe existir y ser demostrado. No es suficiente, por tanto, la presunción de dichos efectos. Estos dos últimos casos son relevantes puesto que muestran que el nuevo enfoque en la aplicación de el artículo 102 del TFUE y que en el futuro se impondrá en la jurisprudencia y en la práctica de la Comisión.

²⁴⁴ STJUE de 14 de octubre de 2010, *Deutsche Telekom c. Comisión*, C 280/08 P, precitada, § 250 a 261)

SEGUNDA PARTE

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA COMO MEDIO DE LIBERALIZACIÓN Y APERTURA DE MERCADOS A LA COMPETENCIA.

–La Teoría del Abuso Automático en la aplicación del artículo 106 TFUE–

Capítulo Tercero

El principio de igualdad competitiva para las empresas privadas, públicas y privilegiadas

« 1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados, especialmente las previstas en los artículos 18 y 101 a 109, ambos inclusive. »

• PLANTEAMIENTO

El artículo 106.1 TFUE se dirige a los Estados miembros para prohibirles la adopción de toda medida contraria a las disposiciones del Tratado en relación con las empresas públicas o empresas a las que otorga derechos especiales o exclusivos (en adelante, « empresas privilegiadas »²⁴⁵), y concretamente al artículo 18 TFUE

²⁴⁵ La calificación de *privilegiadas* resulta útil para referirnos a tales empresas sin tener que repetir en todo momento la fórmula “*empresas a las que les son concedidos derechos especiales o exclusivos*”. Ahora bien, tengamos presente que la denominación la adquieren por cuanto gozan de los mencionados privilegios formales (derechos especiales o exclusivos), pero en ningún caso para referirnos a ellas como empresas aventajadas materialmente en el sentido de los artículos 107 y ss. TFUE. Se trata de un término utilizado comúnmente por la doctrina: V. WHISH, R., *Competition Law*, Butterworths, 2002. Otros autores se han referido a las mismas con el término inglés *state-related undertakings*, como es el caso de MAILLO-GONZÁLEZ-ORÚS, J., “Article 86 EC”, en AMATO, G. y EHLERMANN, C. D., *EC Competition Law, A Critical*

(principio de no discriminación) y las normas relativas al régimen de competencia. En este sentido, se configura como una disposición que concibe que los obstáculos a la competencia pueden tener origen, no en las conductas privadas de las empresas, sino también en las medidas adoptadas por los Estados miembros a la hora de regular determinados sectores económicos. En una primera lectura parece sencillo entrever pues cuál es el objeto de este precepto, el cual fue calificado en el pasado como meramente declarativo²⁴⁶. Sin embargo, ya en las conclusiones del Abogado General Sr. Tesauro en el asunto Francia c. Comisión se indicaba que el camino puede resultar ser más tortuoso llegando incluso a referirse a la « clara oscuridad » del artículo 106²⁴⁷.

Son tres las perspectivas que merecen ser analizadas para desglosar la verdadera función del primer apartado del artículo 106 en el contexto normativo del Tratado.

(1) *Desde una perspectiva objetiva*, el artículo 106.1 TFUE establece que tanto las empresas públicas como las empresas privilegiadas deben estar sometidas a las normas del Tratado. Así se deriva de una simple interpretación sistemática: el artículo 106 TFUE se encuentra en la sección relativa a las disposiciones aplicables

Assesment, Hart Publishing, 2007, p. 593, y BLUM & LONGUE, *State Monopolies under EC Law*, John Wiley & Sons, 1998, p. 7.

²⁴⁶ TEMPLE LANG, J. “Privatisation of social welfare: European Union competition law rules”, en DOUGAN, M. y SPAVENTA, E. (eds.), *Social Welfare and EU Law*, Hart Publishing, 2005, p. 46.

²⁴⁷ Conclusiones de 13 de febrero de 1990 del Abogado General Sr. Tesauro para la STJUE de 19 de marzo de 1991, *Francia c. Comisión*, C-202/88, Rec. 1991 p. I-1223, § 11.

a las empresas dentro del capítulo sobre normas de competencia, como contraposición a la sección de disposiciones aplicables a los Estados. Esto guarda una coherencia lógica con el telos del Tratado, por cuanto el carácter público o privilegiado de una empresa no puede determinar la exclusión de la aplicación de las disposiciones del Tratado. En caso contrario se vulnerarían los pilares básicos en que se basa la creación del mercado interior (principio de igualdad individual en el ejercicio económico y principio de libre competencia) y, en general, el modelo peculiar de integración económica de la Unión Europea («integración desde abajo»²⁴⁸).

No obstante lo anterior, el artículo 106.1 TFUE no rige la actuación propia e individual de las empresas, la cual queda subsumida per se en el ámbito de aplicación de los distintos artículos del Tratado dirigidos expresamente a ellas. A modo de ilustración, es común interpretar que el abuso de posición dominante en un mercado por parte de una empresa pública supone la aplicación del artículo 106.1 TFUE en combinación con el artículo 102 TFUE. Sin embargo, en este caso, el carácter público no determinaría la aplicación del artículo 106 TFUE aun cuando se haga referencia expresa en el mismo a las empresas públicas. El abuso de posición dominante de una empresa de titularidad pública supondría la vulneración

²⁴⁸ Cfr. artículo 3. 1. b) del Tratado de la Comunidad Europea y artículo 4 del antiguo Tratado de la Unión Europea. V. SNYDER, F., precitado, p.149, y la exposición de ARPIO SANTACRUZ, J.L., *Las Ayudas públicas ante el Derecho europeo de la competencia*, Aranzadi Editorial, Madrid, 2000, p. 31. V. igualmente ASCARELLI, T.: *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, Studia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1970.

independiente del artículo 102 TFUE, al igual que un acuerdo contrario al artículo 101 TFUE concluido por una empresa que goza de un derecho exclusivo es nulo por sí mismo y no en su aplicación conjunta con el artículo 106.1 TFUE. En este sentido, el artículo 106.1 TFUE no introduce ninguna obligación nueva que no estuviera recogida en el resto de disposiciones comunitarias en materia de competencia²⁴⁹.

Esta matización es importante por cuanto solamente el artículo 106 TFUE se aplicará con respecto a la que denominamos « perspectiva subjetiva » de aplicación de la propia disposición, es decir, cuando dicha violación se produzca como consecuencia de una medida adoptada por un Estado miembro. Por ello, la afirmación de que el artículo 106.1 TFUE somete a las empresas públicas y privilegiadas a las normas del Tratado sin más resulta por vaga e incompleta, y solamente puede aceptarse en la medida en que se tenga presente lo que expuesto a continuación²⁵⁰.

²⁴⁹ DAVIES, G., precitado, p. 551.

²⁵⁰ Téngase muy en cuenta que estamos partiendo de un marco teórico básico de la aplicación del artículo 106.1 TFUE. Añadimos énfasis a esta matización por cuanto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la aplicación concreta del artículo 106.1 TFUE en combinación con el artículo 102 TFUE y la *teoría del abuso automático* que se deriva de la misma puede llevarnos a conclusiones que pondrían en duda este esquema de partida desde una perspectiva pragmática. No obstante, a pesar de estas puntualizaciones que más tarde tendremos tiempo de valorar, es importante partir del presente planteamiento teórico. V. *infra* el apartado « *La doctrina del abuso automático* ».

(2) *Desde una perspectiva subjetiva*, ha de señalarse que el artículo 106.1 TFUE es una disposición dirigida a los Estados miembros, lo cual se extiende también a las autoridades públicas de nivel regional o local²⁵¹. En efecto, existen en el Tratado una serie de preceptos que prohíben la adopción de cualquier tipo de medidas que pudieran comprometer los fines de la Unión Europea y cuyos destinatarios son los propios Estados miembros. Se pretende de esta forma que no sea el Estado quien ayude a quebrantar las reglas de competencia.

Dentro de esta categoría pueden distinguirse, en primer lugar, el segundo apartado del artículo 10 TFUE, que se enmarca en el título relativo a los principios de la Unión Europea y el cual se refiere de manera genérica a este deber de abstención²⁵². En segundo lugar, se encuentran una serie de disposiciones que con el mismo contenido estructural, dentro de los títulos relativos a las distintas políticas de la Unión, poseen un ámbito de aplicación más reducido.

Pues bien, el artículo 106.1 TFUE se incluye en este último grupo de disposiciones, con dicho deber de abstención general en el terreno particular de las empresas

²⁵¹ STJUE de 4 de mayo de 1988, *Bodson c. Pompes funèbres*, 30/87, Rec. 1988 p. 2479, § 14

²⁵² V. a este respecto, a modo de ilustración, la jurisprudencia comunitaria relativa a las reglamentaciones nacionales de precios, concretamente en combinación con los artículos 3.1.g) y 81 TFUE. Esta jurisprudencia viene constituida fundamentalmente por STJUE de 16 de noviembre de 1977, *GB-Inno-BM*, 13/77, Rec. 1977 p. 2115; STJUE de 21 de septiembre de 1988, *Van Eycke*, 267/86, Rec. 1988 p. 4769; STJUE de 1 de octubre de 1987, *van Vlaamse Reisbureaus*, 311/85, Rec. 1987 p. 3801; STJUE de 17 de noviembre de 1993, *Meng*, C-2/91, Rec. 1993 p. I-5751; STJUE de 17 de noviembre de 1993, *Reiff*, C-185/91, Rec. 1993 p. I-5801.

públicas o privilegiadas²⁵³. En palabras del Tribunal de Justicia, se trata de impedir que:

*« los Estados miembros se sirvan de sus relaciones con estas empresas para eludir las prohibiciones de otras normas del Tratado que se dirigen directamente a ellos (...), obligando o induciendo a estas empresas a observar un comportamiento que (...) sería contrario a dichas normas »*²⁵⁴.

Sirva como ilustración, por el momento, el caso en que un Estado miembro concede la potestad exclusiva de determinar las características técnicas de un determinado aparato de telecomunicaciones a una empresa que opera en el propio mercado y cuyas directrices deban ser obedecidas por el resto de las empresas concurrentes con ella. La medida estatal otorgaría la posibilidad de extender la posición dominante que ya ostenta la empresa y supondría, por tanto, la violación del artículo 106.1 TFUE en su aplicación conjunta con el artículo 102 TFUE.

²⁵³ Cfr. BUENDÍA SIERRA, J. L., *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, Oxford, p. 140, quien advierte que, a pesar de las similitudes sustanciales de ambos preceptos, no puede afirmarse con rotundidad que el artículo 106.1 TFUE sea mera *lex specialis* del ámbito de las empresas públicas y empresas con derechos exclusivos o especiales. V. también BUENDÍA SIERRA, J. L., « Derecho especiales y exclusivos, servicios públicos y servicios de interés económico general », en BENEYTO PÉREZ, J. M., y MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. (dir), *Tratado de Derecho de la Competencia*, Bosch, 2005, pp. 1055-1153.

²⁵⁴ STJUE de 23 de octubre de 1997, *Comisión c. Países Bajos*, asunto 157/94, Rec. 1997 p. I-5699, § 30

(3) *Desde una perspectiva funcional*, la mención específica al principio de no discriminación (artículo 18 TFUE) y a las normas de competencia (artículos 101-109 TFUE) denota un matiz ciertamente particular en la redacción aparentemente neutral del precepto. Si bien el artículo 106.1 TFUE se refiere a la eventual vulneración de cualquier norma del Tratado, es curioso comprobar que la propia disposición se encuentra situada en el capítulo relativo a las normas de competencia dentro del título VI del Tratado. Quizá este último inciso permite situarnos en un contexto específico y determinar el objetivo fundamental de este primer apartado.

Es importante destacar, por un lado, que en un sistema de economía de mercado como el comunitario, uno de cuyos elementos fundamentales es la promoción y defensa de un régimen que garantice que la competencia no sea falseada²⁵⁵, el principio de igualdad en la competencia entre las empresas adquiere una importancia capital. Sin embargo, por otro lado, ha de tenerse en cuenta que el modelo económico que aparece al trasluz del Tratado²⁵⁶ habilita a los Estados a intervenir y participar en el mercado, ya sea directamente (a través de organismos públicos o empresas de titularidad pública) o indirectamente (mediante la concesión de derechos exclusivos o especiales a determinadas empresas privadas). Así se extrae igualmente de una interpretación contrario sensu de la dicción del artículo 106

²⁵⁵ V. el artículo 119 TFUE.

²⁵⁶ V., entre otros, el artículo 14 TFUE (antiguo artículo 16 TCE, relativo a los servicios de interés económico general como uno de los valores comunes en la Unión Europea) y el artículo 345 TFUE (antiguo artículo 295 TCE, relativo al principio de neutralidad en el régimen de propiedad en el seno de los Estados miembros), así como el artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

TFUE, la cual, nos lleva a afirmar que los Estados, en la medida en que no contradigan las disposiciones del Tratado, pueden actuar como operadores económicos a través de empresas públicas o incluso crear monopolios públicos concediendo derechos exclusivos o especiales²⁵⁷. La existencia de este artículo garantiza que los principios económicos incorporados al Tratado no dañen los intereses comunes y el objetivo de la cohesión social recogido expresamente en el antiguo artículo 2 del Tratado CE²⁵⁸. Este artículo enfatiza que el derecho económico del Tratado debe ser aplicado a las empresas públicas y a las encargadas de servicios de interés económico general, pero el mismo tiempo establece que esta aplicación puede ser limitada si es necesario. En este sentido, incorpora un compromiso entre los beneficios del libre mercado y los intereses sociales que los Estados tengan por objetivo garantizar. A modo de ilustración, esto puede ser la necesidad de proporcionar el acceso a un servicio universal de manera estable, con una calidad determinada, y a cuya consecución puede incluso servir la eliminación de la competencia.

En definitiva, la combinación de los dos aspectos anteriores determina que el objetivo funcional del artículo 106 TFUE era situar en la misma línea de salida a

²⁵⁷ El Tribunal de Justicia se ha pronunciado expresamente en este sentido: “*los Estados miembros [sí] pueden otorgar a ciertas empresas derechos exclusivos y concederles un monopolio*”. V. STJUE de 23 de octubre de 1997, precitada, §27.

²⁵⁸ SAUTER, W., “Services of General Economic Interest and Universal Service in EU Law”, *European Law Review*, vol. 33, 2008, p. 167., y BAQUERO CRUZ, J., “Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law”, en DE BÚRCA, G. (ed.), *EU Law and the Welfare State*, Oxford University Press, 2005, p. 169.

todos los operadores económicos, independientemente de su condición privada, pública o privilegiada, y evitar así distorsiones en la competencia. En ningún caso, la titularidad pública de las empresas o los privilegios legales de que disfrutaran, aun siendo empresas de titularidad privada, puede ser impedimento para que las fuerzas del mercado interactúen libremente entre tales operadores. Acorde con esta interpretación, el artículo 106.1 TFUE se erige en pilar básico y punto de encuentro de dos realidades contrapuestas de cuya dialéctica es fruto un perfil económico enteramente genuino de la Unión Europea.

En los apartados siguientes, se expone cómo el artículo 106 TFUE ha perfilado el papel remanente de los poderes públicos en su participación en los mercados, concretamente en su libertad para conceder derechos exclusivos y/o especiales, y ha servido como instrumento para que la Comisión y el resto de los gobiernos de los Estados miembros tomaran conciencia sobre las posibilidades de iniciar un proceso de liberalización y una mayor apertura a la competencia de determinados sectores que hasta el momento habían permanecido cerrados a ella.

1. INTERPRETACIÓN FUNCIONAL DEL CONCEPTO DE « EMPRESA »

La definición jurisprudencial del término empresa ha tenido una gran relevancia en el marco de los Tratados, no solamente en relación con el artículo 106 TFUE, sino

también en materia de cárteles y de abuso de posición dominante²⁵⁹. Ciertamente es que la noción de empresa varía según el campo comunitario que se aborde y que es incluso materia de constante debate en las propias doctrinas nacionales²⁶⁰. Sin embargo, en el ámbito del Derecho europeo de la competencia, pueden destacarse dos ideas de partida que gozan del consenso unánime de la doctrina y de la jurisprudencia. Estas son comunitarización y actividad económica.

En efecto, el Tribunal de Justicia ha adoptado siempre una interpretación flexible del término empresa, todo ello dentro de un proceso más amplio de comunitarización del concepto²⁶¹. Esta condición deriva de la necesidad exigida de que la noción provenga de manera autónoma del Derecho comunitario. Según el Tribunal de Justicia, si se recurriera a las disposiciones de los ordenamientos jurídicos internos para limitar el alcance que el derecho comunitario pudiese dar a la definición de los términos del Tratado, la «unidad y la eficacia» del ordenamiento se verían afectados²⁶².

²⁵⁹ Waelbroeck, M. & Frignani, A., *European Competition Law*, Ardsley, p. 139; Whish, R., *Competition Law*, precitado, p. 150 y pp. 189-212.

²⁶⁰ V. Verrucoli, P. (ed.): *La nozione d'impresa nell'ordinamento comunitario*, Dott. A. Giuffrè Editore, 1977. V. también Sánchez Calero, F. y Sánchez-Calero Guilarte, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Aranzadi, vol. I, Cizur Menor, p. 94; Uría, R., *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, 1994, p. 37.

²⁶¹ Coutinho de Abreu, J. M., "L'eupéanisation du concept d'entreprise", *Revue Internationale de Droit Économique*, 1995, pp. 9-29.

²⁶² Conclusiones de 4 de mayo de 1982 del Abogado General Sr. Reischl para la STJUE de 6 de julio de 1982, *Francia, Italia y Reino Unido c. Comisión*, asuntos acumulados 188/80 a 190/88, Rec. 1982 p. 2545.

En este contexto, cabe destacar que, en la sentencia *HÖFNER*²⁶³, el Tribunal interpretó que una oficina pública para el empleo debía ser considerada una empresa en los términos del ex artículo 81 TCE (actualmente, artículo 101 TFUE). La definición adquiere un carácter autónomo comunitario, independiente de la definición en los Estados miembros:

*« [...] en el contexto del Derecho de la competencia [...], la noción de empresa comprende toda entidad que ejerza una actividad económica, independientemente del estatuto jurídico de dicha entidad y su modo de financiación »*²⁶⁴.

Según el Tribunal de Justicia, la actividad de colocación de trabajadores había de ser considerada como “netamente económica” y el hecho de que dichas actividades fuesen ordinariamente confiadas a oficinas públicas, no afectaba a su naturaleza económica. Se dejaba de lado así que dicha oficina pública fuese considerada o no una empresa en el ordenamiento nacional y se adoptaba el criterio de la actividad económica como vehículo para determinar la aplicación de las normas de competencia al ente particular. En otras palabras, comunitarización del concepto de empresa a través del criterio de la actividad económica.

²⁶³ STJUE de 23 de abril de 1991, *Höfner c. Macotron GmbH*, asunto 41/90, Rec. 1991 p. I-1979.

²⁶⁴ STJUE de 23 de abril 1991, precitada, § 21.

Derivado de las notas anteriores, no resulta difícil establecer las excepciones a este principio, esto es, aquellos casos en los que no puede constatarse la existencia de una empresa en el sentido del Tratado (prestación de una actividad no económica) y que no se encuentran, en consecuencia, sometidas a la aplicación de las normas de competencia o de mercado interior.

En primer lugar, no son empresas aquellas entidades que ejercen prerrogativas ligadas al imperium del Estado. En palabras de la Comisión, esta categoría comprendería funciones como « *garantizar la seguridad interior y exterior, la administración de la justicia, la política de asuntos exteriores y otros ejercicios del poder público* »²⁶⁵. En el asunto Eurocontrol, el Tribunal de Justicia consideró que una empresa encargada de la organización del tráfico aéreo, a pesar de percibir ingresos por cuenta del Estado, ejercía una serie de prerrogativas estrechamente ligadas al poder público y no presentaba un carácter económico que justificase la aplicación de las reglas de competencia²⁶⁶. A la misma conclusión llegó el Tribunal de Justicia en la sentencia *DIEGO CALI*²⁶⁷. En el marco del artículo 106 TFUE en combinación con el artículo 102 TFUE, una empresa carguera se oponía a pagar la retribución de los servicios de una empresa encargada de una función de vigilancia

²⁶⁵ Comunicación de la Comisión de 19 de enero de 2001 sobre los Servicios de Interés General en Europa (DO C 17, p. 4), § 28.

²⁶⁶ STJUE de 19 de enero de 1994, *SAT c. Eurocontrol*, C-364/92, Rec. 1994 p. I-43, § 30.

²⁶⁷ STJUE de 18 de marzo de 1997, *Diego Calí & Fligi c. SEPG*, C-343/95, Rec. 1997 p. I-1547, § 25.

medioambiental, argumentando la existencia de un abuso de posición dominante derivada de una concesión pública exclusiva. El Tribunal de Justicia interpretó que las disposiciones sobre competencia no eran aplicables al caso de autos por cuanto la actividad que desarrollaba tal empresa no era económica, sino que estaba ligada a las prerrogativas de control del Estado.

De manera similar, no son empresas a los efectos de las normas sobre competencia o mercado interior aquellos organismos cuya función es esencialmente social²⁶⁸, sobre todo en ámbitos como el de la educación²⁶⁹ y la seguridad social²⁷⁰. El Tribunal de Justicia se expresó en los siguientes términos en la sentencia *CISAL*²⁷¹:

*« Dicho organismo cumple una función de carácter exclusivamente social. Por lo tanto, su actividad no es una actividad económica en el sentido del derecho comunitario »*²⁷².

²⁶⁸ BOEGER, N., “Solidarity and EC Competition Law”, *European Law Review*, vol. 32, nº 3, 2007, pp. 319-340.

²⁶⁹ STJUE de 27 de septiembre de 1988, *Bélgica c. Humbel y Edel*, asunto 263/86, Rec. 1988 p. 5365; STJUE de 7 de diciembre de 1993, *Wirth c. Landeshauptstadt Hannover*, C-109/92, Rec. 1993 p. I-6447, § 15.

²⁷⁰ STJUE de 17 de febrero de 1993, *Poucet c. Assurances Générales de France*, C-159/91 y C-160/91, Rec. 1993 p. I-637, §19.

²⁷¹ STJUE de 22 de enero de 2002, *Cisal di Battistello Venancio c. INAIL*, C-218/00, Rec. 2002 p. I-691, § 46.

²⁷² Este último inciso concentra toda la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia sobre el concepto de « empresa ». Así, en un primer momento, el Tribunal de Justicia hace referencia al

Dentro de esta categoría, el Tribunal de Justicia ha reiterado que las normas de competencia no son aplicables tampoco a aquellas asociaciones tales como sindicatos, partidos políticos, iglesias y sociedades religiosas, asociaciones de consumidores, asociaciones culturales, organizaciones de beneficencia, caridad y ayuda.

De todo lo anterior podría derivarse una conclusión errónea según la cual cualquier organismo, siendo parte de la infraestructura estatal, nunca podría ser considerado una empresa a la luz de las disposiciones en materia de competencia. Sin embargo, tal y como se expone a continuación, el Tribunal de Justicia, a la hora de analizar la noción de empresa pública (no deja por ello de calificar la noción de empresa) ha considerado como irrelevante el requisito de la personalidad jurídica separada del Estado.

2. LA « INFLUENCIA DOMINANTE » COMO CRITERIO PARA DEFINIR EL CONCEPTO DE EMPRESA PÚBLICA

El concepto de empresa pública, al igual que el del término empresa, se ha establecido a nivel comunitario y en función de los objetivos en la aplicación del

nudo de la “*actividad económica*”, y, en un segundo establece “*en el sentido del derecho comunitario*”.

Derecho de la Competencia²⁷³. A este respecto, ha sido de gran importancia la definición que la Comisión dispuso en el artículo 2 de la Directiva 80/723/CEE, de 25 de junio, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas (en adelante, Directiva Transparencia)²⁷⁴. En palabras de la Comisión, se trata de:

« toda empresa sobre la cual las autoridades públicas pueden ejercer directa o indirectamente una influencia dominante a causa de la propiedad, la participación financiera o las normas que la regulan ».

²⁷³ El concepto comunitario de *empresa pública*, basado fundamentalmente en el criterio de « influencia dominante », ha sido recogido igualmente en los ordenamientos jurídicos nacionales, y en particular, en el español. Así puede apreciarse en el artículo 1.1 de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas, y en el artículo 2.1.c) de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE. V. SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A., *Banca pública y mercado: implicaciones jurídicos-públicas de la paridad de trato*, Instituto de Administración Pública, 2000, p. 137, y VINCENT CHULIÁ, F., “Poderes públicos y Derecho de la Competencia”, *Revista General de Derecho*, 1993, pp. 3341-3342.

²⁷⁴ Directiva 80/723/CEE, de 25 de junio, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas (DO L 195, p. 35), modificada por la Directiva 85/413/CEE de la Comisión, de 24 de julio de 1985 (DO L 229, p. 20), la Directiva 93/84/CEE de la Comisión, de 30 de septiembre de 1993 (DO L 254, p. 16); y la Directiva 2000/52/CE de la Comisión, de 26 de julio de 2000 (DO L 193, p. 75). Todas ellas han sido adoptadas en virtud del poder normativo que el artículo 106.3 TFUE otorga a la Comisión.

Si bien el criterio funcional de « actividad económica » se erige como elemento central de la noción de empresa, en este caso, su carácter público gira en torno a la idea de influencia dominante del Estado. Según la propia Directiva:

« Se presumirá que hay influencia dominante en relación con una empresa el Estado u otras administraciones territoriales, directa o indirectamente:

- *posean la mayoría del capital suscrito de la empresa; o*
- *dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa; o*
- *pueda designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa »*²⁷⁵.

La Directiva Transparencia fue impugnada ante el Tribunal de Justicia por parte de Francia, Italia y Alemania por entender, entre otros motivos, que la Comisión no era

²⁷⁵ Cfr. con la presunción de control del artículo 4 de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del mercado de valores, puesto en relación con el artículo 42 del Código de Comercio en materia de grupos de sociedades, que establece una serie de presunciones de una situación de control que ayudan a determinar en el ámbito nacional el carácter público de una empresa. V. igualmente el artículo 7.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que utiliza los términos « *influencia decisiva* » al objeto de definir una concentración económica.

competente para definir el concepto de empresa pública sobre la base del ex artículo 90.3 TCE (actualmente, artículo 106.3 TFUE)²⁷⁶. El Tribunal de Justicia desestimó el recurso de los Estados miembros al considerar que la definición del artículo 2 de la Directiva no definía los términos del Tratado, sino que simplemente determinaba su ámbito de aplicación. Puede convenirse que, de esta manera, el Tribunal de Justicia aceptó implícitamente la definición dada por la Comisión a efectos comunitarios y confirmó el criterio de la influencia dominante de los poderes públicos como elemento definidor del concepto de empresa pública. En este sentido, el Tribunal añadió que *«la razón por la cual las disposiciones del artículo 90 [actual artículo 106 TFUE] fueron incluidas en el Tratado es precisamente por la influencia que los poderes públicos pueden ejercer sobre las decisiones comerciales de la empresas públicas»*²⁷⁷.

En una segunda ocasión, el Tribunal de Justicia extendió el concepto de empresa incluso a los organismos que forman parte de las Administraciones públicas nacionales. En la sentencia *COMISIÓN C. ITALIA*²⁷⁸, el Tribunal de Justicia consideró que los Estados miembros, cuando ejercen actividades económicas, pueden hacerlo por dos medios: por un lado, a través de entidades separadas sobre las que ejerce una influencia dominante, en el sentido señalado anteriormente; o, por el contrario, a través de organismos integrados en la propia Administración. En otras palabras, el

²⁷⁶ STJUE de 6 de julio de 1982, precitada, § 26.

²⁷⁷ STJUE de 6 de julio de 1982, precitada, § 26

²⁷⁸ STJUE de 16 de junio de 1987, precitada, § 8

Tribunal de Justicia venía a establecer que « *la existencia o no de una personalidad jurídica distinta de la del Estado, atribuida por el derecho nacional, no es relevante para decidir si un órgano que ejerce actividades económicas de carácter industrial o comercial puede ser considerado como una empresa pública* »²⁷⁹. La noción de empresa pública no se ha visto modificada pese al hecho de que la Directiva ha sido modificada en numerosas ocasiones y, en la actualidad, ha sido reemplazada por un nuevo texto consolidado, a saber, el de la Directiva 2006/111²⁸⁰.

Ha de destacarse que un pronunciamiento en cualquier otro sentido habría llevado en efecto a resultados cuanto menos confusos. La no utilización del criterio de la personalidad jurídica distinta del Estado habría supuesto la aplicación de las normas comunitarias en materia de competencia a determinadas entidades dentro de un Estado miembro, mientras que en otro, dichas entidades, por el hecho de tener un régimen jurídico distinto y aún ejerciendo funciones equivalentes, no estarían subordinadas a ellas²⁸¹. En definitiva, la intención en este caso fue la de definir el

²⁷⁹ V. igualmente STJUE de 27 de octubre de 1993, *Decoster*, C-69/91, Rec. 1993 p. I-5335, § 15. Cfr. STJUE de 11 de julio de 2006, *FENIN c. Comisión*, C-205/03 P, Rec. 2006 p. I-6295.

²⁸⁰ Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas (DO L 318, p. 17).

²⁸¹ Conclusiones de 4 de noviembre de 1986 del Abogado General Sr. Mischo para la STJUE de 16 de junio de 1987, precitada, en las que establece que el criterio de la personalidad jurídica distinta del Estado llevaría a aplicar las normas comunitarias de competencia a « *Service d'Exploitation Industrielle des Tabacs et des Allumettes* » (SEITA) en Francia, pero no a « *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato* » (AAMS) en Italia con funciones análogas a la primera.

concepto de empresa pública de modo que se extendiese a todas aquellas entidades a través de las cuales los poderes públicos actúan como agentes económicos en el mercado compitiendo con el resto de operadores, independientemente de que tengan una forma mercantil o se encuentren de facto integradas en el cuerpo de la Administración²⁸².

En definitiva, se trata pues de una definición de carácter funcional que huye del encasillamiento de la forma jurídica o del régimen jurídico aplicable²⁸³. Dicho de otro modo, en la actualidad « *unanimidad* » en la doctrina sobre la idea de que es el dominio o la dirección unitaria el elemento público o privado de una empresa, y no aspectos jurídicos de la propiedad²⁸⁴.

3. ELIMINACIÓN DE LA COMPETENCIA A TRAVÉS DE DERECHOS EXCLUSIVOS O ESPECIALES

El artículo 106.1 TFUE no tiene por objeto solamente situar a las empresas públicas en la misma línea de salida que las empresas privadas. También entraban en su ámbito de aplicación todas aquellas empresas –públicas o privadas– que disfrutasen de derechos exclusivos o especiales.

²⁸² MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio público y mercado*, vol. I (Los fundamentos), Civitas, 1998, p.148.

²⁸³ SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A., precitada, p. 137.

²⁸⁴ SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A., precitada, p. 138.

Los conceptos de derecho exclusivo y derecho especial no han generado un gran interés en la doctrina académica y son pocas las obras que lo estudien de manera pormenorizada²⁸⁵. De hecho, tampoco estos conceptos fueron definidos y diferenciados con claridad en un principio ni por parte de la Comisión ni por parte del Tribunal de Justicia, si bien la jurisprudencia comunitaria lo ha ido matizando paulatinamente.

La Comisión adoptó en 1988 la Directiva 88/301/CEE relativa a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones²⁸⁶ y, posteriormente, la Directiva 90/388/CEE relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones²⁸⁷, y en ninguna de ellas hizo un intento por diferenciarlos. En este último caso, incluía una definición conjunta en la que se establecía que derechos exclusivos o especiales son:

« derechos concedidos por un Estado miembro o una autoridad pública a uno o varios organismos públicos o privados mediante cualquier instrumento legal, reglamentario o

²⁸⁵ Cfr. BUENDÍA SIERRA, J. L., precitado, p. 4.

²⁸⁶ Directiva 88/301/CEE de la Comisión de 16 de mayo de 1988 relativa a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones (DO L 131, p. 73) (en adelante, Directiva *Terminales de telecomunicaciones*).

²⁸⁷ Directiva 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones (DO L 192, p. 10) (en adelante, Directiva *Servicios de Telecomunicaciones*). Esta directiva no se encuentra ya en vigor.

administrativo que les reserve la prestación de un servicio o la explotación de una actividad determinada »²⁸⁸.

Por su parte, el Tribunal de Justicia tampoco se esforzó en facilitar una distinción de definiciones y de su jurisprudencia parecía derivarse la equivalencia de dichos conceptos. En el asunto *AHMED SAEED*, a modo de ilustración, calificó como « *derechos exclusivos o especiales* » indistintamente la concesión a una aerolínea de la explotación de servicios de transporte aéreo²⁸⁹.

La equivalencia consentida de ambos conceptos llegó a su fin en el asunto *FRANCIA C. COMISIÓN*²⁹⁰. En este asunto, Francia solicitaba la anulación, entre otros, del artículo 2 de la Directiva Terminales de telecomunicaciones. En dicho precepto se preveía la abolición por parte de los Estados miembros de los derechos especiales y derechos exclusivos de importación, comercialización, conexión, puesta en servicio y mantenimiento en el mercado de los terminales vocales de telecomunicaciones. El Tribunal de Justicia planteó el análisis de la cuestión distinguiendo entre ambas categorías²⁹¹ y consideró que, si bien la Comisión había motivado la prohibición de los derechos exclusivos, había omitido precisar el tipo de derechos especiales a que

²⁸⁸ Cfr. artículo 1 de la Directiva *Servicios de Telecomunicaciones*, precitada.

²⁸⁹ STJUE de 11 de abril de 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro c. Zentrale zur Bekämpfung Unlauteren Wettbewerbs*, asunto 66/86, Rec. 1989 p. 803, § 50. V. BUENDÍA SIERRA, J. L., precitado, p. 4.

²⁹⁰ STJUE de 9 de marzo de 1991, precitada.

²⁹¹ STJUE de 9 de marzo de 1991, precitada, § 34.

se refería y justificar en su caso en qué modo dichos derechos eran contrarios a las disposiciones del Tratado²⁹². El Tribunal de Justicia invalidó el artículo 2 de la Directiva.

Posteriormente, en la sentencia *ESPAÑA C. COMISIÓN*²⁹³, el Tribunal de Justicia hizo uso del mismo razonamiento para determinar la insuficiencia en la motivación de la Directiva Servicios de Telecomunicaciones y anular de esta manera varias de sus disposiciones²⁹⁴. Desde entonces, la Comisión ha orientado sus esfuerzos a distinguir ambos conceptos.

A. Los derechos exclusivos como instrumentos para la creación de monopolios legales

El concepto de derecho exclusivo resulta más fácil de explicar que el concepto de derecho especial. Tal y como se desprendía de las resoluciones señaladas en el apartado anterior, en realidad, los derechos especiales fueron los instrumentos que se habían disfrazado bajo el grupo de derechos exclusivos como si pertenecieran al mismo tipo. Ello quiere decir que, al menos, sí se sabía qué era un derecho exclusivo.

²⁹² STJUE de 9 de marzo de 1991, precitada, § 45.

²⁹³ STJUE de 17 de noviembre de 1992, *España c. Comisión*, asuntos acumulados C-271/90, C-281/90 y C-289/90, Rec. 1992 p. I-5833.

²⁹⁴ STJUE de 17 de noviembre de 1992, precitada, § 29 a 32.

De manera elemental, derechos exclusivos son aquellos instrumentos jurídicos que los poderes públicos conceden a determinadas entidades –ya sean públicas o privadas– reservándoles a estos efectos la prestación de bienes o servicios en todo un mercado o en un segmento particular²⁹⁵. Dicho de otra manera, se trata de los derechos que reservan el ejercicio de una determinada actividad en un área geográfica concreta a una sola empresa, excluyendo de este modo la competencia²⁹⁶. Se configura así lo que se denomina monopolio legal. Una empresa, por tanto, actuará en un mercado de manera monopolística sobre la base de un acto de concesión exclusiva. No debe confundirse con la noción de monopolio en sentido económico, que viene a determinar la concurrencia de un operador en un mercado en particular por cuestiones estrictamente económicas²⁹⁷.

²⁹⁵ Ésta es la concepción que comúnmente han compartido doctrina e instituciones comunitarias. La Comisión ofrecía la siguiente definición en la Directiva 94/76/CE de la Comisión de 13 de octubre de 1994 por la que se modifican las Directivas 88/301/CEE y 90/388/CEE especialmente en relación con las comunicaciones por satélite (DO L 268, p. 15). Esta directiva no se encuentra ya en vigor: « *derechos concedidos por un Estado miembro a una empresa para reservar el derecho de un servicio de telecomunicaciones o de emprender una actividad, mediante cualquier instrumento legal, reglamentario o administrativo, y dentro de una zona geográfica determinada* ».

²⁹⁶ RITTER, L. y BRAUN, W. D., *European Competition Law: A practitioner's guide*, Kluwer, 2005, p. 762.

²⁹⁷ Un análisis profundo de todos los elementos de la definición de « derecho exclusivo » se encuentra en BUENDÍA SIERRA, J. L., *precitado*, pp. 7-62.

La concesión de derechos exclusivos ha estado tradicionalmente ligada a la contrapartida de la prestación de un servicio público²⁹⁸. Así, las empresas a las que se imponía una obligación de servicio de interés general recibían a cambio el monopolio legal para explotar el mercado en el que operaban, excluyendo a otros potenciales actores y recuperando de esta manera las pérdidas que la ineficiencia de determinados segmentos no rentables en el cumplimiento de dicha obligación pudiera generarles²⁹⁹. En otras ocasiones, la concesión de derechos exclusivos fue una técnica de gran relevancia económica que los Estados europeos utilizaron para revitalizar las economías nacionales a partir de los años 50. Se crearon de esta manera los denominados « campeones nacionales »³⁰⁰, que, por un lado, servían para

²⁹⁸ V. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Civitas, 2001, p. 151, donde expone que « *la conversión formal de una determinada actividad, hasta entonces entregada al sistema de la libertad industrial, más o menos intervenida, en 'servicio público'...*, tiene normalmente por objeto la exclusión de dicha libertad y la constitución de un monopolio administrativo, desde el cual, y mediante el instrumento concesional, se otorgan luego derechos de explotación a empresa privadas en atención a los fines sociales que el servicio público intenta atender ». V. también VILLAR PALASÍ, J. L., *Concesiones administrativas*, en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, vol. V, pp. 684 y ss.

²⁹⁹ V. infra la segunda parte de este trabajo relativo al Artículo 106.2 TFUE y los servicios de interés económico general en el Tratado. Para un mayor detalle sobre cuestiones de *subvenciones cruzadas* como técnica de compensación por la prestación de obligaciones de servicio público, V. HANCHER, L. y BUENDÍA SIERRA, J. L., “Cross-subsidization in EC Law”, *Common Market Law Review*, ol, 35, 1998, p. 901, y ABBAMONTE, G., “Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing versus Equity”, *European Law Review*, vol. 23, 1998, p. 414.

³⁰⁰ DE LACRUZ FERRER, J., *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, 2002, p. 43; COSTAS COMESAÑA, A., “Liberalización y concentración de industrias de servicios públicos: dilemas para la política pública”, en VALERA CARID, F. (ed.), *Economía y defensa de la competencia*, Tribunal Galego de Defensa de la Competencia,

satisfacer la creciente demanda de empleo a principios de la segunda mitad del siglo XX, y por otro, proyectar la imagen nacional en el exterior. Pensemos por ejemplo en los operadores históricos que, desde la década de los años 50, actuaban en Europa de manera exclusiva en los sectores de telecomunicaciones, transporte aéreo y ferroviario, sector eléctrico y del gas, sector postal y sector de los carburantes³⁰¹.

El Tribunal de Justicia ha tenido que pronunciarse en numerosas ocasiones sobre la existencia o no de derechos exclusivos para determinar así la aplicación del artículo 106 TFUE al caso en particular. Pueden ser destacados, a título de ilustración, los siguientes asuntos. En primer lugar, en la sentencia *CORBEAU*³⁰², la Régie des postes fue considerada como una empresa beneficiaria de derechos exclusivos, dado que se le reservaba la prestación de los servicios de recogida, transporte y distribución del correo en Bélgica. La violación por parte de otro operador de este derecho exclusivo dio lugar al procedimiento penal dentro del cual un tribunal belga decidió plantear cuatro cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia. En segundo lugar, en el

2010, pp. 80 y ss.; y CABALLERO SÁNCHEZ, R., “Infraestructuras de red y liberalización de servicios públicos”, Instituto Nacional de Administración Pública, 2003.

³⁰¹ V. RAKOVSKY, C., “Services publics et concurrence”, *Revue des affaires européennes*, n° 2, 1994, p. 43, donde estudia las razones elementales que subyacen bajo las políticas de liberalización. Aborda esta misma cuestión igualmente la introducción del libro GERADIN, D. (ed.), *The liberalization of State monopolies in the European Union and Beyond*, Kluwer International, 2000.

³⁰² STJUE de 19 de mayo de 1993, *Procedimiento penal entablado contra Corbeau*, C-320/91, Rec. 1993 p. I-2533 § 8. V. igualmente STJUE de 10 de febrero de 2000, *Deutsche Post c. Gesellschaft für Zahlungssysteme mbH et Citicorp Kartenservice GmbH*, C-147/97 y C-148/97, Rec. 2000 p. I-825, § 37.

asunto *PORTO DI GENOVA*³⁰³, el Tribunal de Justicia interpretó que la exclusividad de que gozaba una empresa para organizar y ejecutar todas las posibles operaciones portuarias le hacían beneficiaria de un derecho exclusivo por parte del Estado y, por tanto, hacía aplicable el artículo 106 TFUE. De la misma manera, en el asunto *LA CRESPELLE*³⁰⁴, fue establecido que la legislación nacional francesa concedía monopolios en la explotación de centros de inseminación a un núcleo reducido de empresas, sobre la base de que era necesaria una autorización específica que delimitaba territorialmente la concesión con carácter exclusivo. Se trataba de « monopolios yuxtapuestos, territorialmente delimitados ». Finalmente, en la sentencia *FFAD*³⁰⁵, a pesar de los argumentos en contra el Estado danés, el Tribunal de Justicia consideró que dicho Estado miembro había concedido un derecho exclusivo a tres empresas por cuanto sólo a ellas se les había permitido, dentro de enclaves territoriales diferenciados y en virtud de la normativa sectorial, proceder al tratamiento de los residuos de la construcción no peligrosos para el medio ambiente destinados a su reciclaje, excluyendo de este modo a otras empresas que estaban cualificadas para llevar a cabo la misma función.

³⁰³ STJUE de 11 de diciembre de 1991, *Merci convenzionali porto di Genova SpA c. Siderurgica Gabrielli SpA*, C-179/90, Rec. 1991 p. I-5889, § 9

³⁰⁴ STJUE de 5 de octubre de 1994, *Société civile agricole du centre d'insémination de Crespelle c. coopérative d'élevage et d'insémination artificielle du département de Mayenne*, C-323/93, Rec. 1994 p. I-5077, § 17.

³⁰⁵ STJUE de 23 de mayo de 2000, *Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) c. Københavns Kommune*, C-209/98, Rec. 2000 p. I-3743, § 52-54.

B. La difícil definición de los derechos especiales

Si bien la definición de derechos exclusivos se presentaba de manera relativamente sencilla, lo cierto es que si en un principio ni la Comisión ni el Tribunal de Justicia se atrevieron a diferenciar ambas categorías, era por la dificultad que entrañaba definir el concepto de *derechos especiales*. Como se ha señalado anteriormente, era la falta de identificación de los derechos especiales lo que llevó al Tribunal de Justicia a anular parcialmente las Directivas *Terminales de Telecomunicaciones* y la Directiva *Servicio de Telecomunicaciones*. La Directiva 94/46³⁰⁶, en un primer momento, y más tarde la Directiva 2006/111, vinieron a llenar ese vacío.

En particular, la definición de la Comisión dispone lo siguiente:

« los derechos concedidos por los Estados miembros a un número limitado de empresas por medio de un instrumento legal, reglamentario o administrativo que, en una determinada zona geográfica:

³⁰⁶ Directiva 94/76/CE de la Comisión de 13 de octubre de 1994 por la que se modifican las Directivas 88/301/CEE y 90/388/CEE especialmente en relación con las comunicaciones por satélite (DO L 268, p. 15). Esta directiva no se encuentra ya en vigor. V. igualmente el artículo 2 de la Directiva 96/19 de “*plena competencia*”, que, dentro del marco de liberalización absoluta, prescribe la prohibición de derechos especiales tal y como vienen definidos en dicho precepto.

a) limite a dos o más el número de tales empresas con arreglo a criterios que no sean objetivos, proporcionales y no discriminatorios; o

b) designe, con arreglo a tales criterios, a varias empresas que compitan entre sí; o

c) confiera a una empresa o empresas, con arreglo a tales criterios, ventajas legales o reglamentarias que dificulten gravemente la capacidad de otra empresa de importar, comercializar, conectar, poner en servicio o mantener equipos terminales de telecomunicaciones en la misma zona geográfica y en unas condiciones básicamente similares ».

Se trata de una definición establecida para el sector de las telecomunicaciones, pero también puede ser entendida como criterio básico de identificación de los derechos especiales. A partir de ella, la doctrina ha reconocido dos categorías diferentes de derechos³⁰⁷.

Por un lado, se encontrarían los derechos concedidos a un *número limitado de empresas* para desarrollar una actividad económica cualquiera en una zona geográfica particular. La diferencia con respecto a los derechos exclusivos se

³⁰⁷ BUENDÍA SIERRA, J. L., precitado, p. 64.

encuentra en que, si bien en este último caso se concedía el monopolio a un solo operador en un mercado específico, en el caso de los derechos especiales se abre el abanico de competidores que pueden intervenir en ese mercado. En otras palabras, derecho exclusivo es a monopolio lo que derecho especial a oligopolio³⁰⁸.

Sin embargo, el elemento distintivo no se encontraría solamente en la participación restringida. La definición de la Comisión hace una llamada implícita a la *discrecionalidad* de los Estados. Se trata de la limitación de empresas sobre la base de criterios que *no sea objetivos ni proporcionales, pero tampoco discriminatorios*. Es en este sentido que se considera necesaria la libre decisión de los Estados de manera discrecional. A partir de ahí, se distinguen dos estrategias: por un lado, se da el caso en que los propios Estados seleccionan los operadores que participarán en el mercado haciendo uso de dichos criterios; por otro lado, existe la posibilidad de que los propios operadores se seleccionen a sí mismos sobre la base de la “*limitación artificial*”³⁰⁹ creada por los Estados.

Estos dos elementos que señalamos deben coexistir para la determinación de los derechos especiales y así lo entendió el Tribunal de Justicia. En el asunto *British Telecommunications*³¹⁰, el Tribunal insistió en la necesidad de que la limitación en la participación de las empresas concurrentes de un mercado concreto estuviese

³⁰⁸ BUENDÍA SIERRA, J. L., precitado, p. 66.

³⁰⁹ BUENDÍA SIERRA, J. L., precitado, p. 67.

³¹⁰ STJUE de 12 de diciembre de 1996, *British Telecommunications plc.*, C-302/94, Rec. 1996 p. I-6417.

basada en la aplicación de criterios derivados de la discrecionalidad y libre decisión de los Estados. Al mismo tiempo, negó que la mera exigencia de cumplir con determinados requisitos formales para la participación en el mercado supusiera en sí misma la existencia de derechos especiales. Por ejemplo, la notificación a la Comisión por un Estado miembro del nombre de una empresa a la que dicho Estado miembro hubiese concedido derechos especiales o exclusivos no podía suponer la verdadera existencia de un derechos especial –por más que pudiese constituir una presunción fundada en ese sentido–, dado que su determinación no podía depender de las declaraciones del Estado miembro interesado. De la misma manera, tampoco la exigencia de una autorización en virtud de la legislación de un Estado miembro podía determinar su existencia toda vez que los derechos conferidos por tal autorización se basen en criterios objetivos, proporcionales y no discriminatorios, y no tengan como efecto limitar el número de empresas que explotan redes o servicios públicos de telecomunicaciones³¹¹.

Dentro de un segundo grupo de derechos especiales, se encontrarían aquellos derechos que no restringen de manera voluntaria la participación de otras empresas, pero que conceden *ventajas a un número limitado de operadores*, lo que dificulta el desarrollo de la misma actividad económica por parte de los otros agentes. A diferencia del caso anterior, el número de competidores puede ser ilimitado en un determinado mercado. Sin embargo, estas ventajas se encuentran reservadas a un

³¹¹ STJUE de 12 de diciembre de 1996, precitada, § 37-39.

número específico de empresas³¹². Su concesión está también basada en el ejercicio de la discrecionalidad de los Estados, por lo que es aplicable aquí nuevamente lo expuesto anteriormente.

4. EL CONTENIDO NO AUTÓNOMO DEL ARTÍCULO 106.1 TFUE Y SU PUESTA EN RELACIÓN CON OTRAS DISPOSICIONES DEL TRATADO

El artículo 106.1 TFUE es una disposición de reenvío, lo que significa que no tiene contenido autónomo, sino que solamente puede ser aplicado cuando se le pone en relación con otros preceptos del Tratado. Se extrae así de la simple dicción del precepto, que establece que los Estados miembros no adoptarán medidas contrarias a las normas del Tratado con respecto a las empresas públicas o privilegiadas. Estas normas son las que dan aplicación al precepto, de modo que cualquier violación del artículo 106 TFUE tendrá necesariamente que establecerse en combinación con otra norma del Tratado.

En el Tratado existen otras disposiciones de reenvío que necesitan combinarse con otros preceptos para su efectiva aplicación. Concretamente, el artículo 106 TFUE ha generado controversia con respecto al artículo 10 TFUE, que recoge el denominado principio de « effet utile » del Tratado, y que prevé, por un lado, la obligación positiva para los Estados de adoptar todas aquellas medidas –generales o

³¹² BUENDÍA SIERRA, J. L., precitado, p. 68.

particulares— para asegurar el cumplimiento de las disposiciones del Tratado, y, por otro, la obligación negativa de abstenerse de hacer efectivas todas aquellas medidas que puedan poner en peligro los fines del Tratado³¹³.

Generalmente, tiende a interpretarse que el artículo 106.1 TFUE tiene atribuida la misma función que el artículo 10 TFUE, pero referida a un área más específica (*lex specialis*) como es el de las empresas públicas y privilegiadas. No en vano, el artículo 10 TFUE se encuentra recogido en la primera parte del Tratado relativa a los principios de la Comunidad Europea, mientras que el artículo 106 TFUE se encuadra dentro del Título relativo a las normas de competencia³¹⁴. No obstante, algunos autores se niegan a atribuir al artículo 106 TFUE una mera función recordatoria del artículo 10 TFUE en un ámbito material más restringido³¹⁵. Señalan que la utilización del Tribunal de Justicia del antiguo artículo 10 TCE en combinación con el artículo 3.1.b) –referido al objetivo de desarrollar un régimen en el que no sea falseada la competencia para cumplir con los fines enunciados en el

³¹³ Un análisis más detallado de la cuestión presente puede encontrarse en CASTILLO DE LA TORRE, F., “State action defence in EC Competition Law”, *World Competition*, vol. 28, nº 4, 2005, pp. 407-431.

³¹⁴ DAVIES, G., precitado, p. 552, y GARDNER, A., “The velvet revolution: article 90 and the triumph of the free market in Europe’s regulated sectors”, *European competition law review*, vol. 16, 1995, p. 78. V. también la STJUE de 17 de octubre de 1995, *DIP e.a.*, C-140/94 a C-142/94, Rec. 1995 p. I-3257, donde el Tribunal de Justicia reconoce que el artículo 10 TCE puede también aplicarse en combinación del artículo 102 TFUE (abuso de posición dominante).

³¹⁵ BUENDÍA SIERRA, J.L., precitado, p. 142; PAIS ANTUNES, L. M., “L’article 90 du Traité CEE – Obligations des États Membres et pouvoirs de la Commission”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1991, p. 238.

artículo 2 TFUE– y los artículos 101 y 102 TFUE –relativos a los acuerdos entre empresas y abuso de posición dominante respectivamente– para intentar intervenir en todos los asuntos relativos a reglamentaciones de precios por parte de los Estados miembros, ha llevado a confundir el ámbito de aplicación de ambos artículos. Entre otras, este sector de la doctrina encuentra la diferencia de que el artículo 106.1 TFUE impone obligaciones específicas que gozan de efecto directo, así como medios para hacerlas efectivas en la práctica.

En principio, el artículo 106 TFUE se refiere a la globalidad de las normas del Tratado. Sin embargo, es cierto que goza de un mayor grado de compatibilidad con las disposiciones que menciona expresamente en su redacción, concretamente el artículo 18 TFUE (principio de no discriminación por razón de la nacionalidad) y los artículos 101-109 TFUE (normas de competencia).

Por lo que se refiere a estas últimas, la sistematización del Tratado exigía la inclusión de un precepto de reenvío que englobara la actuación de los Estados miembros, teniendo en cuenta que estas normas se dirigían exclusivamente a las empresas. En otras palabras, quedaba pendiente procurar que las empresas no pudiesen salvar las disposiciones del Tratado por la siempre fácil intermediación de los Estados miembros. Puede afirmarse con cierta retórica que, en este caso, la intención era estatalizar de manera indirecta las normas que en principio se dirigían a las empresas exclusivamente. Así, cuando un Estado impide que un determinado grupo de empresas comercie con bienes o servicios en otro Estado miembro por

considerar que puede vulnerar los derechos exclusivos concedidos por él mismo a una empresa pública, estaría incurriendo en la violación del artículo 106.1 TFUE en combinación con el artículo 102 TFUE relativo al abuso de posición dominante de las empresas (e incluso en combinación con el artículo 28 TFUE relativo a la libre circulación de mercancías). En efecto, dicho Estado estaría favoreciendo, a través de la prohibición mencionada, el hecho de que una empresa abuse de una posición dominante ya adquirida en virtud de los derechos exclusivos de que es beneficiaria, y como tal, la medida violaría las normas mencionadas del Tratado.

5. LA LIBERALIZACIÓN DE MONOPOLIOS PÚBLICOS MEDIANTE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 106 TFUE

Acabamos de hacer referencia a que el artículo 106.1 TFUE debe siempre ser puesto en relación con otra norma del Tratado. Veamos a continuación cómo ha sido interpretado el precepto por el Tribunal de Justicia. Para ello, en primer lugar, nos referiremos a la combinación del artículo 106 TFUE y el artículo 102 TFUE, haciendo especial hincapié en que la nueva configuración que desde la década de los años 80 se ha producido en las estructuras de los mercados de la Unión Europea está en gran medida ligada a la interpretación conjunta de ambas disposiciones. En este sentido, no fue solamente la habilidad de la Comisión en el uso de los poderes que le confiere el apartado tercero del artículo 106 TFUE la que inició la apertura de determinados mercados a la competencia. El nuevo dibujo proyectado actualmente en muchos de los sectores económicos europeos está también basado en la

importante jurisprudencia liberalizadora del Tribunal de Justicia y deriva de la aplicación e interpretación del artículo 106.1 TFUE en combinación con el artículo 102 TFUE³¹⁶.

En un segundo apartado, nos referiremos a la aplicación del artículo 106 TFUE en combinación con otras disposiciones destacadas del Tratado, como son el artículo 101 TFUE, referida a los acuerdos entre empresas, todavía dentro del Capítulo relativo a las normas de competencia en el Tratado ; el artículo 18 TFUE, que recoge el principio de no discriminación ; el artículo 34 TFUE, sobre libre circulación de mercancías ; y, finalmente, el artículo 63 TFUE, relativo a la libertad de establecimiento. También en estos supuestos la jurisprudencia del Tribunal ha significado un avance liberalizador importante.

***A. Aplicación conjunta del artículo 106.1 TFUE y el artículo 102 TFUE
sobre abuso de posición dominante en el mercado***

El artículo 106 TFUE viene referido expresamente a las disposiciones de competencia de manera horizontal, por lo que no parece que ninguna de ellas tenga importancia mayor sobre otra. Sin embargo, la práctica demuestra que el artículo 106.1 TFUE ha alcanzado su mayor grado de aplicación en combinación con el

³¹⁶ KOVAR, R., “La peau de chagrin: ou comment le droit communautaire opère la réduction des monopoles publics“, Europe, 1992, nº 7, y KOVAR, R., “La Cour de justice et les entreprises chargées de la gestion des services d’intérêt économique général : un pas dans le bon sens vers une dérégulation réglée“, Europe, 1994, nº 6.

artículo 102 TFUE relativo al abuso de posición dominante de las empresas en el mercado³¹⁷. Sobre esta base, el Tribunal de Justicia ha ido limitando de manera gradual las posibilidades de los Estados de cerrar determinados sectores económicos al juego efectivo de la competencia y crear así monopolios legales. Cabe destacar que si bien el artículo 106.1 TFUE le impide dictaminar la ilegalidad per se de la concesión de derechos exclusivos o especiales, lo cierto es que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia establece una línea de separación muy débil que lleva a la conclusión de que, en la mayoría de los casos, todos los derechos exclusivos y especiales producirán de manera automática la vulneración del artículo 102 TFUE. Solamente serán consideradas como válidas a la luz del Tratado aquellas concesiones que puedan beneficiarse de la excepción del segundo apartado del mismo artículo a través de lo que se ha denominado el « test de necesidad »³¹⁸. Los siguientes apartados esta cuestión en detalle.

a) Planteamiento jurisprudencial tradicional: la sentencia Sacchi

El primer caso de aplicación del artículo 106.1 TFUE, que sienta las bases de lo que se ha definido como planteamiento tradicional de interpretación de este precepto, tuvo lugar a mediados de los años 70 y se corresponde con la sentencia Sacchi³¹⁹. En

³¹⁷ BLUM, F., “The recent case-law of the European Court of Justice on state monopolies and its implications for network industries”, *Journal of Network industries*, nº 1 , 2000, p. 55.

³¹⁸ V. *infra* el Capítulo Cuarto titulado « artículo 106.2 TFUE: Derecho de la competencia y servicios de interés económico general (SIEG).

³¹⁹ STJUE de 30 de abril de 1974, *Giussepe Sacchi*, 155/73, Rec. 1974 p. 409.

este asunto, el Tribunal de Justicia respondía a la cuestión prejudicial planteada por un juez nacional en la que se discutía el régimen de monopolio bajo el que se encontraban los servicios televisivos en Italia. La televisión era, en virtud de la legislación italiana, un monopolio concedido por el Estado a la RAI, la cual gestionaba sobre la base de derechos exclusivos de explotación, no solamente la emisión televisiva en Italia, sino también la publicidad comercial en el medio. Contestando a si dicha medida de concesión era compatible con las normas de competencia del Tratado, el Tribunal de Justicia estableció la que ha sido la base de la interpretación tradicional del artículo 106.1 TFUE:

« el hecho de que una empresa a la que un Estado miembro concede derechos exclusivos tenga un monopolio no es como tal incompatible con el artículo 90 [ahora, artículo 106] del Tratado »³²⁰.

El pronunciamiento anterior tiene una base racional clara que consiste en la distinción entre la mera existencia de derechos exclusivos y su ejercicio posterior. Conforme con lo dispuesto por el Tribunal de Justicia en este asunto, la existencia de derechos exclusivos, tal y como viene refrendada en el apartado primero del

³²⁰ STJUE de 30 de abril de 1974, precitada, § 14. Destaquemos que este es el inciso con el que el Tribunal comienza su razonamiento en todos los asuntos relativos al artículo 106.1 TFUE. De esta manera, asegura que sea considerada legal de principio la concesión de derechos exclusivos o especiales, a pesar de que después determine en todo asunto particular la incompatibilidad de dichas concesiones con el Tratado. Téngase en cuenta este apunte por el momento.

artículo 106 TFUE, no puede ser considerada ilegal per se. Nada en el Tratado impide a los Estados miembros, sobre la base de consideraciones de interés público y de naturaleza no económica, extraer determinadas actividades del campo de la competencia concediendo a uno o más agentes un derecho exclusivo para desarrollarlas³²¹.

Por el contrario, sí que pueden darse supuestos de violación de las normas TFUE por parte de las empresas privilegiadas cuando éstas abusen de la posición de dominio conferida en el ejercicio de sus privilegios. Son concretamente dos las posibilidades que se presentan a este respecto. Por un lado, podría darse el caso de que el beneficiario del derecho exclusivo abusase de manera autónoma de su posición dominante, sin intervención alguna del Estado. En este supuesto, se aplicaría la disposición relativa al abuso de posición dominante a la empresa privilegiada de manera independiente, es decir, tal y como se le aplicaría a cualquier otra empresa y sin necesidad de acudir al artículo 106.1 TFUE. Por otro lado, podría ocurrir que el propio Estado miembro fuese quien adoptase una medida posterior contraria al Tratado relativa a sus relaciones con el titular del derecho. En esta ocasión se produciría la violación del artículo 106.1 TFUE en combinación con el artículo 102 TFUE.

³²¹ STJUE de 30 de abril de 1974, precitada, § 14.

Este último supuesto es el más relevante en el marco del presente análisis, puesto que para el primero podemos remitirnos simplemente a las doctrinas de aplicación del artículo 102 TFUE.

Ahora bien, ¿cuáles son estas medidas anticompetitivas que los Estados pueden adoptar en contra de lo dispuesto por el artículo 102 TFUE y que hacen de aplicación por tanto el artículo 106.1 TFUE?

La respuesta a la pregunta precedente no resulta sencilla y lo cierto es que tales medidas revisten diversas formas. No obstante, generalmente se ha tratado de medidas como consecuencia de las cuales se ha producido el reforzamiento de una posición dominante o su extensión a un mercado vecino. En otras ocasiones, se ha tratado de medidas que suponían el rechazo de acceso a una infraestructura esencial o incluso medidas que obligaban a las empresas a prácticas de precios excesivos o discriminatorios. Los siguientes asuntos pueden servir de ilustración a este respecto.

En el asunto *RTT/GB-INNO-BM*³²², un tribunal belga cuestionaba el hecho de que un Estado belga confiriese a la sociedad encargada de explotar la red pública de telecomunicaciones el poder de dictar las normas relativas a los aparatos telefónicos y controlar su respeto por parte del resto de los operadores económicos, teniendo en cuenta que dicha sociedad era competidora en ese mismo mercado. El Tribunal de

³²² STJUE de 13 de diciembre de 1991, *Régie des télégraphes et des téléphones c. GB-Inno-BM*, 18/88, Rec. 1991 p. I-5941.

Justicia consideró que la concesión de la potestad descrita anteriormente equivalía a la posibilidad de determinar qué equipos podían conectarse a la red pública de telecomunicaciones, lo cual suponía una ventaja evidente con respecto al resto de competidores. Esto generaba al mismo tiempo el reforzamiento del dominio que dicha empresa ya ostentaba en el mercado y la posibilidad de extender también esa posición en el mercado de las operadoras al mercado de los equipos de telecomunicaciones. Por estas razones, el Tribunal concluyó que el Estado había conculcado el artículo 106.1 TFUE en combinación con el artículo 102 TFUE.

Al margen de la decisión concreta en este asunto particular, resulta ciertamente ilustrativa la manera en que el propio Tribunal de Justicia presenta su análisis, distinguiendo los supuestos de vulneración independiente y combinada del artículo 102 TFUE que señalábamos anteriormente. Así, en un primer momento, el Tribunal recoge lo siguiente:

« el hecho de que una empresa, que detenta un monopolio en el mercado del establecimiento y operación de una red, sin necesidad objetiva, se reserve un mercado vecino pero distinto (en nuestro caso, el relativo a los aparatos telefónicos), eliminando así toda competencia por parte de otras empresas, constituye una violación independiente del artículo 102 TFUE

(ex artículo 82 TCE), sin necesidad de aplicarse conjuntamente con el artículo 106 TFUE (ex artículo 86 TCE) »³²³.

En un segundo apartado de la sentencia, por el contrario, el Tribunal de Justicia insiste en que, si dicho comportamiento anticompetitivo es debido a una disposición estatal, el artículo 102 TFUE debe aplicarse conjuntamente con el artículo 106 TFUE. En este caso concreto, la atribución exclusiva a la empresa de telecomunicaciones facilitó el hecho de que ésta abusase de su posición a través de la extensión de su dominio a un mercado vecino impidiendo de esta manera la concurrencia de otros competidores³²⁴.

En una segunda ocasión, en el asunto *DUSSELDORF*³²⁵, el Tribunal de Justicia tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la compatibilidad, con el artículo 106.1 TFUE, de una decisión administrativa holandesa que prohibía a una empresa la exportación a otro Estado miembro de una serie de desechos para su posterior tratamiento, reciclaje y revaloración. En efecto, la reglamentación de los Países Bajos obligaba a las empresas a conceder todos los desechos susceptibles de reciclaje y reutilización (concretamente, filtros de aceite) a una empresa pública. En su razonamiento, el Tribunal de Justicia concluyó sobre esta base que, si bien la creación de una posición dominante en un mercado a partir de la concesión de derechos exclusivos a

³²³ STJUE de 13 de diciembre de 1991, precitada, para. 19.

³²⁴ STJUE de 13 de diciembre de 1991, precitada, para. 24.

³²⁵ STJUE de 25 de junio de 1998, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorf BV e.a. c. Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke, Ordening en Milieubeheer*, C-203/96, Rec. 1998 p. I-4075.

una empresa no es en sí incompatible con el Tratado, la adopción de una medida legislativa, reglamentaria o administrativa que lleve a explotar su posición dominante de modo abusivo supondría la violación conjunta de los artículos 106.1 TFUE y 102 TFUE. Para este caso en cuestión, la prohibición de exportar y la obligación de entregar los residuos a la empresa monopolística tenían como consecuencia la extensión de la posición de dominio de una empresa de un mercado a otro, y, en consecuencia, la limitación de una serie de actividades que podrían ser desempeñadas por empresas terceras³²⁶.

En cuanto a prácticas de naturaleza discriminatoria, es relevante a este respecto la sentencia *GT-LINK*³²⁷, en la cual el Tribunal de Justicia constató que la empresa pública propietaria y gestora de un puerto marítimo, y operadora marítima a su vez concurrente con otras empresas en el transporte de pasajeros, abusaba de la posición dominante que ostentaba en virtud de los derechos exclusivos concedidos al requerir tasas portuarias en una cantidad excesiva y exonerar de su pago a determinadas compañías sobre la base de un principio de reciprocidad. Esto constituía una práctica discriminatoria que suponía la violación del artículo 102 TFUE, articulado en esta ocasión a través del artículo 106.1 TFUE.

³²⁶ V. también STJUE de 25 de octubre de 2001, *Firma Ambulanz Gloöckner c. Landkreis Südwetspfalz*, C-475/99, Rec. 2001 p. I-8089.

³²⁷ STJUE de 17 de julio de 1997, *GT-Link A/S c. De Danske Statsbaner (DSB)*, asunto 242/95.

Por último, el planteamiento tradicional ha sido utilizado igualmente por las decisiones adoptadas por la Comisión sobre la base del artículo 106.3 TFUE³²⁸. En la decisión *PORT DE RODBY*³²⁹, la Comisión consideró incompatible con las disposiciones del Tratado, concretamente el artículo 106.1 TFUE y el artículo 102 TFUE, el rechazo por parte de las autoridades danesas de la autorización a una compañía privada de transporte marítimo para operar en el interior de un puerto público, o en su defecto, habilitarle para construir un puerto de comercio privado en las proximidades.

b) La doctrina del « abuso automático »: los asuntos Höfner y ERT

A principios de los años 90, el Tribunal de Justicia cambió la manera de aproximarse a la interpretación del artículo 106.1 TFUE, quizá no de manera consciente, pero sí como muestra de las dificultades que implicaba el tratamiento conjunto de la neutralidad explicitada del Tratado con respecto a los derechos exclusivos y la necesidad de ajustarse a las normas de competencia a favor de la consecución del mercado interior. Este nuevo planteamiento se ha conocido como la doctrina de abuso automático y pone en duda la validez per se de los derechos

³²⁸ Recordemos que esta disposición establece que “[l]a Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas”.

³²⁹ Decisión 94/119/CE de la Comisión de 21 de diciembre de 1993, relativa a la negativa de acceso a las instalaciones del puerto de Rodby (Dinamarca) (DO L 55, 1994), p 5.

exclusivos³³⁰. Son las sentencias *HÖFNER*³³¹ y *ERT* las que marcan el nuevo punto de partida.

En el primero de estos asuntos, el Tribunal de Justicia debía analizar la compatibilidad del derecho exclusivo concedido por las autoridades alemanas a una agencia pública (Bundesanstalt) para canalizar la búsqueda de estudio para desempleados. Según la Comisión, un monopolio concedido a una empresa u organismo de estas características, que no estuviese en disposición de atender a toda la demanda de los servicios de colocación de empleo, infringía de por sí el artículo 106.1 TFUE en combinación con el artículo 102 TFUE.

A la hora de articular su decisión, el Tribunal no olvidó el que había sido su discurso tradicional de interpretación del artículo 106 TFUE. De hecho, insistió en que la concesión de derechos exclusivos no es incompatible per se con el artículo 106³³². Sin embargo, el texto de la sentencia recoge un sutil cambio a través de una nueva fórmula que estrecha cada vez más el cerco sobre los derechos exclusivos. Ésta viene a establecer que un Estado no actuaría conforme al Tratado, si la mera concesión de dichos derechos situara a una empresa en una posición tal que *« tuviera que infringir necesariamente los términos del artículo 90 TCE [en la*

³³⁰ VAN DER WOUDE, M., « Article 90: Competing for Competence », *European Law Review*, vol. 16, 1992, pp. 60-94.

³³¹ STJUE de 23 de abril de 1991, precitada.

³³² STJUE de 23 de abril de 1991, precitada, § 29

actualidad, artículo 102 TFUE] »³³³. En este caso, la oficina de colocación pública no podía evitar abusar de su posición dominante toda vez que los derechos exclusivos no permitían la entrada de nuevos agentes en ese mercado concreto y la actividad de la oficina era deficitaria en términos de respuesta a la demanda de los servicios de colocación.

Lo anterior supone un cambio en la orientación tradicional por las dos siguientes razones. La primera se refiere a la posibilidad de que el abuso en el ejercicio de los derechos exclusivos puede llegar incluso a producirse de manera automática, coincidiendo con la propia existencia de los derechos, cuando por ejemplo dicha concesión conlleve inherentemente la imposibilidad de satisfacer la demanda en el mercado en cuestión. La segunda razón, por su parte, viene referida a que, al ensanchar el ámbito de posibilidad del abuso hasta hacerlo coincidir incluso con la propia concesión de derechos exclusivos, la línea divisoria que separaba la legalidad de los monopolios basados en derechos exclusivos conforme al planteamiento jurisprudencial tradicional sobre el artículo 106 TFUE y el abuso directo de una posición de dominio sobre la base de la misma concesión es cada vez más difusa. En consecuencia, resulta complicado en la práctica establecer que toda concesión de derechos exclusivos es efectivamente compatible con el Tratado per se.

³³³ STJUE de 13 de diciembre de 1991, precitada, § 27.

Otra decisión destacada dentro de esta nueva orientación podemos encontrarla en el asunto ERT³³⁴. Una normativa nacional concedió la exclusividad sobre la retransmisión televisiva y radiofónica en Grecia a la empresa ERT. A pesar de lo anterior, un empresario y el alcalde de la ciudad de Tesalónica crearon una estación de televisión y comenzaron a emitir diversos programas. Sobre la base del litigio surgido ante esta presunta vulneración de la disposición nacional, el tribunal griego sometió al Tribunal de Justicia la cuestión de si dicha concesión exclusiva vulneraba el artículo 106.1 TFUE en combinación con el artículo 102 TFUE. En su respuesta a la cuestión del juez nacional, y al igual que en el asunto *HÖFNER*, el texto de la decisión del Tribunal de Justicia reiteró lo ya dispuesto en *Sacchi* sobre la validez de los monopolios por razones de interés público. Ahora bien, el Tribunal de Justicia también añadió que el artículo 106.1 TFUE se oponía a la concesión de un derecho exclusivo de difusión y retransmisión cuando dichos derechos eran susceptibles de crear una situación en la que la empresa era « *inducida* » por sí a infringir el artículo 102 TFUE³³⁵.

La conclusión que se extrae en esta ocasión es la misma que en la sentencia *Höfner*. Si bien es cierto que el Tribunal de Justicia hace una llamada a su jurisprudencia tradicional en el asunto *SACCHI*, el resultado implícito de su decisión es que cada vez es más débil la argumentación a favor de la legalidad en sí misma de los monopolios

³³⁴ STJUE de 28 de junio de 1991, *ERT c. Dimotiki Etarrilla Pliroforissis*, C-260/89, Rec. 1991 p. I-2925.

³³⁵ STJUE de 28 de junio de 1991, precitada, § 38.

concedidos por los Estados. La consideración de la equivalencia entre existencia de derechos exclusivos y su ejercicio (*HÖFNER*) y la utilización de un término como inducir (en la sentencia *ERT*) nos conduce a esta conclusión.

En todo caso, partiendo del planteamiento anterior, cabe plantear la cuestión de saber cuáles son las situaciones en las que la mera concesión de derechos implica un ejercicio abusivo automático o induce a la empresa a abusar de posición de dominio. Recordemos que en *HÖFNER*, el Tribunal de Justicia dispuso que la agencia para la colocación del empleo insatisfacía manifiestamente la demanda en el mercado. Sin embargo, ¿qué otras circunstancias implican que la mera concesión de derechos equivalga a un abuso automático de la posición de dominio en un mercado? La respuesta se encuentra en las decisiones del Tribunal de Justicia *JOB CENTER* y *BRENTJENS*³³⁶ (que recoge lo ya dispuesto en *Höfner*) y, de manera más ilustrativa, en el asunto *PORTO DI GENOVA*³³⁷.

En esta última decisión, la sociedad *MERCI* explotaba las labores de organización, carga y descarga de los barcos en el puerto de Genova. La empresa Siderúrgica solicitó dichos servicios, los cuales se retrasaron y no gozaron de la calidad esperada por la concurrencia de protestas de los trabajadores de la primera empresa. En el litigio por el cual Siderúrgica solicitaba la devolución del importe pagado por no ser

³³⁶ STJUE de 11 de diciembre de 1997, *Job Centre*, C-55/96, Rec. 1997 p. I-7119.

³³⁷ STJUE de 10 de diciembre de 1991, *Merci convenzionali porto di Genova SpA c. Siderurgica Gabrielli SpA*, asunto 179/90.

equivalentes a los servicios recibidos, el tribunal italiano elevó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia sobre si la concesión de los derechos exclusivos de explotación de las actividades de carga y descarga del puerto era compatible con el Derecho comunitario. El Tribunal de Justicia, analizando la aplicabilidad del artículo 106.1 TFUE, reiteró las tesis de *HÖFNER* (existencia=ejercicio abusivo) y *ERT* (inducción) y concluyó que la norma estatal creaba una situación que inducía a la empresa en cuestión a exigir el pago de servicios que no eran requeridos, a cobrar precios desproporcionados y a no hacerse con la tecnología necesaria. Por todas estas razones, la mera concesión de dichos derechos exclusivos por parte de las autoridades italianas violaba el artículo 106.1 TFUE en combinación con el artículo 102 TFUE.

A la luz de lo anterior, cabe destacar pues que, tal y como ilustra la jurisprudencia, la existencia de un monopolio ineficiente (por cuanto la concesión de derechos especiales o exclusivos conduce a la empresa a abusar necesariamente de su posición dominante –sentencia *HÖFNER*); la extensión de una posición dominante a un mercado próximo o adyacente (esto ocurre cuando una empresa disfruta de derechos exclusivos sobre una infraestructura considerada esencial –Decisión *PUERTO DE RODBY*³³⁸ o la Sentencia *AMBULANZ GLOCKNER*³³⁹); o cuando concurre un

³³⁸ Decisión de 21 de diciembre de 1994, precitada.

³³⁹ STJUE de 25 de octubre de 2001, precitada. En este asunto, el Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que las empresas beneficiarias de derechos exclusivos en el mercado de los servicios de urgencias eran susceptibles, por la circunstancia de disponer de tales derechos, de

conflicto de intereses (por cuanto la concesión de derechos exclusivos puede situar a la empresa en una situación de conflictos de intereses –sentencia *RTT*³⁴⁰) son situaciones que implican un abuso automático y la violación, por tanto, del artículo 102 TFUE.

c) Introducción del test de necesidad

Hasta ahora han sido expuestas dos aproximaciones jurisprudenciales diferentes, ambas en evolución hacia una mayor limitación de la posibilidad de conceder derechos exclusivos o especiales por parte de los Estados miembros. Esta consecuencia colocaba al Tribunal de Justicia en una posición comprometida, puesto que su interpretación podía considerarse que iba en contra de la propia dicción del artículo 106.1 TFUE, el cual, no pretendía prohibir de por sí la concesión de derechos exclusivos o especiales. Ciertamente, por mucho que el Tribunal de Justicia insistiese siempre en el planteamiento de *SACCHI*, esto es, que la concesión de derechos exclusivos no es per se incompatible con el Tratado, la doctrina del abuso automático conducía a que en la mayoría de los casos, la concesión de exclusividad en la explotación de un mercado sería contraria a las disposiciones comunitarias. Cabe recordar a este respecto que el instrumento de los derechos exclusivos hacía parte del elenco de mecanismos de los Estados miembros y que

extender su posición a otros mercados conexos en donde el resto de operadores se venían en la imposibilidad de competir.

³⁴⁰ STJUE de 13 de diciembre de 1991, precitada.

esta razón fundaba la inclusión de un artículo como el 106 TFUE. En estas circunstancias, el Tribunal de Justicia tuvo pues que buscar otro modo de legitimar su línea jurisprudencial.

Por lo anterior, en un tercer momento, el Tribunal intentó establecer una nueva línea de interpretación en torno al artículo 106 TFUE, la cual suponía el establecimiento de un puente entre el primer y el segundo apartado del precepto. Partiendo de que generalmente los derechos exclusivos van asociados a labores de servicios de interés económico general, el Tribunal de Justicia adoptó el siguiente criterio: una vez declarada la violación del artículo 106.1 TFUE en combinación con el artículo 102 TFUE, la cual, como hemos tenido ocasión de explicar, tenía generalmente carácter automático, el Tribunal de Justicia procedía a considerar la necesidad de dicha violación para desarrollar las legítimas obligaciones de servicio de interés económico general que los Estados miembros podían programar conforme al artículo 106.2 TFUE. En otras palabras, sólo aquellos monopolios que pudieran ser justificados sobre la base de su necesidad serían legalmente aceptados.

Este nuevo enfoque se recogió en la sentencia relativa al asunto *CORBEAU*³⁴¹. La Poste Belge disponía de una situación de monopolio legal en el mercado de los servicios postales. Por su parte, un empresario decidió establecer su propio negocio de correos en la ciudad de Lieja, ofreciendo una serie de servicios que mejoraban en tiempo y calidad la actividad de la empresa pública belga. El Tribunal hizo uso

³⁴¹ STJUE de 13 de mayo de 1993, precitada.

implícito de la teoría del abuso automático, poniendo bajo serias dudas la legalidad de las concesiones de derechos exclusivos. No obstante, pasó a intentar justificarlos sobre la base del test de necesidad del artículo 106.2 TFUE, analizando, de esta manera, si la vulneración de las disposiciones del Tratado estaba fundamentada en la obligación de interés económico general que se le había impuesto a la empresa por parte del Estado. En palabras del Tribunal de Justicia,

« el artículo 90 TCE [actualmente, artículo 106 TFUE] se opone a que una normativa de un Estado miembro, que confiere a una entidad como la Régie des postes el derecho exclusivo de recoger, transportar y distribuir el correo, prohíba, so pena de sanciones penales, a un operador económico establecido en dicho Estado prestar determinados servicios específicos, dissociables del servicio de interés general, que responden a necesidades específicas de los operadores económicos y que exigen determinadas prestaciones adicionales que no ofrece el servicio postal tradicional, en la medida en que dichos servicios no pongan en peligro el equilibrio económico del servicio de interés económico general del que se hace cargo el titular del derecho exclusivo ».

Con esta nueva aproximación, el Tribunal de Justicia establece de forma definitiva el que ha sido su método de análisis de la mayoría de las cuestiones relativas al artículo 106.1 TFUE³⁴².

En términos concretos, este método se reduce a los siguientes tres pasos: en primer lugar, el Tribunal de Justicia reconoce la validez de la concesión de derechos exclusivos y especiales en el marco teórico comunitario de acuerdo con Sacchi ; en segundo lugar, considera que el caso en concreto conlleva una vulneración del artículo 106.1 TFUE ; en tercer lugar, el Tribunal de Justicia pasa a analizar si dicha violación está justificada sobre la base del desarrollo de servicios de interés general del artículo 106.2 TFUE.

No cabe duda de que de esta manera los derechos exclusivos, y en definitiva, la posibilidad de conceder monopolios públicos a determinadas empresas, como instrumento tradicional de los gobiernos europeos en sus política sociales y económicas, parecen ser puestos en tela de juicio al trasluz de la interpretación del artículo 106.1 TFUE por parte del Tribunal de Justicia. Su validez depende en última instancia del segundo apartado del mismo precepto, cuyo análisis reservamos para el capítulo cuarto³⁴³.

³⁴² Cfr. BLUM, F., precitado, p. 66.

³⁴³ V. *infra* el Capítulo Cuarto titulado « *Artículo 106. 2 TFUE. Los servicios de interés económico general* ».

B. Aplicación conjunta del artículo 106.1 TFUE y otras disposiciones del Tratado

A pesar de que el artículo 106.1 TFUE haya sido puesto mayormente en relación con el artículo 102 TFUE, dentro del bloque relativo a las normas de competencia, y partiendo de la horizontalidad con la que se redactó el artículo 106.1 TFUE, han sido numerosas las disposiciones del Tratado que se han sido puestas en relación con él. Éstas han sido fundamentalmente el artículo 101 TFUE, el artículo 12 TCE y las disposiciones relativas a la libertad de mercancías (artículo 34 TCE) y de establecimiento (artículo 49 TCE).

El artículo 101 TFUE establece, en esencia, que son incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común.

Por lo que respecta a su aplicación combinada con el artículo 106.1 TFUE, la sentencia *BODSON*³⁴⁴ es uno de los asuntos más destacados en este sentido. En ella, el Tribunal de Justicia se pronunciaba sobre una cuestión prejudicial proveniente de la Cour de Cassation francesa. Una ley de principios de siglo en Francia otorgaba a las autoridades municipales francesas la posibilidad de hacer concesiones en materia

³⁴⁴ STJUE de 4 de mayo de 1988, precitada.

de servicios fúnebres complementarios, tales como el suministro de ataúdes, el transporte de los fallecidos al cementerio, la provisión de adornos florales, etc. Gran parte de las autoridades municipales concedieron derechos exclusivos de explotación en este campo a la sociedad Pompes Fúnebres Generales y sus filiales. Por su parte, la señora Bodson decidió introducirse en el mercado descrito de un municipio francés, ofreciendo los mismos servicios a precios más asequibles, y fue demandada por haber violado la exclusividad de las empresas concesionarias. Según argumentaba el gobierno francés y las empresas afectadas, las tarifas aplicables venían determinadas por el pliego de cláusulas administrativas que forman parte de la concesión. El Tribunal de Justicia consideró que las autoridades municipales había contravenido el artículo 106.1 TFUE al imponer a las empresas concesionarias condiciones de precios contrarias al artículo 101 TFUE.

Por lo que al artículo 18 TFUE se refiere, esta disposición recoge el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad en el ámbito del Tratado. A este respecto, es significativa la Decisión sobre las *TARIFAS AÉREAS ESPAÑOLAS*. La Comisión constató en esta ocasión que las disposiciones legales y reglamentarias relativas a las tarifas sobre servicios públicos de transporte aéreo y marítimo de pasajeros de las empresas públicas en aquel entonces, Iberia y Transmediterránea, reconocían reducciones en el precio solamente a los ciudadanos españoles residentes en las Islas Canarias y Baleares. Se determinó, por tanto, que dichas disposiciones contradecían el artículo 106.1 TFUE en su aplicación con el principio de no discriminación contenido en el artículo 18 TFUE.

En materia de libre circulación de mercancías (artículo 34 TFUE), un ejemplo claro se encuentra en el asunto *INTERHUILES*³⁴⁵. El Consejo de ministros adoptó una directiva con objetivos medioambientales en la que obligaba a los Estados a establecer un sistema de recogida y reciclaje de aceites industriales. Francia implementó dicha normativa comunitaria con una ley en la que concedía el derecho exclusivo para la colecta y el reciclado de estas sustancias a determinadas empresas. Sin embargo, también prohibía la venta de dichos aceites a otros Estados miembros. El Tribunal de Justicia fue claro en este sentido y estableció que si bien el Estado era libre para adoptar cualquier tipo de medida exclusiva a favor de una empresa, no podía impedir que se comercializaran determinados productos por que dicha actividad supusiese un perjuicio para la beneficiaria de los derechos exclusivos. De otra manera, se estaría violando el artículo 106.1 TFUE en combinación con las disposiciones en materia de libre circulación de mercancías, concretamente el artículo 34 TFUE.

Por último, debemos referirnos al artículo 43 TFUE, el cual prohíbe, en su primer apartado, todas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de los Estados miembro en el territorio de otro. Esta restricción se extiende a las restricciones en la apertura de agencias, sucursales o filiales. En su segundo apartado, el precepto establece la libertad de establecimiento también viene referida

³⁴⁵ STJUE de 10 de marzo de 1983, *Syndicat national des fabricants raffineurs d'huile de graissage y otros c. Groupement d'intérêt économique «Interhuiles»*, 172/82, Rec. 1983 p. 555.

al acceso de las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y sociedades.

En la decisión *SEGUROS GRIEGOS*³⁴⁶, una disposición nacional helena establecía que toda la propiedad pública del Estado, incluyendo aquí los activos de las empresas públicas, debían estar obligatoriamente asegurados por una compañía de seguros pública. Sobre la base de los poderes otorgados a la Comisión por el artículo 106.3 TFUE, se llegó a la conclusión de que dicha norma suponía una restricción al establecimiento de empresas aseguradoras privadas de otros Estados miembros y contravenía lo dispuesto en el artículo 43 TCE (actualmente, artículo 49 TFUE). Entre otros motivos, las compañías aseguradoras privadas se veían limitadas para respaldar las actividades de los bancos públicos. En efecto, los préstamos otorgados por bancos públicos suponían un 80 % del mercado crediticio en Grecia. Al requerir que dichas operaciones se encontrasen respaldadas por compañías aseguradoras públicas, la medida estatal favorecía dichas entidades en detrimento de las compañías privadas tanto nacionales como de otros Estados miembros y se producía, por tanto, una violación del artículo 106.1 TFUE en combinación con el artículo 43 TCE.

³⁴⁶ Decisión 85/276/CEE de la Comisión de 24 de abril de 1985 relativa al seguro en Grecia de los bienes públicos y de los créditos concedidos por los bancos públicos helénicos (DO L 152, p. 25).

Un segundo ejemplo lo podemos obtener de la Decisión *VTM*³⁴⁷. En esta ocasión, se trataba de dilucidar la compatibilidad con el artículo 106.1 y la libertad de establecimiento de una normativa de la Comunidad Flamenca en Bélgica sobre el monopolio concedido a una empresa privada en las emisiones televisivas publicitarias. La misma disponía que sólo un operador privado podía ser autorizado por las autoridades flamencas para retransmitir y dirigirse al total de la Comunidad Flamenca. Las disposiciones en cuestión añadían que solamente aquellas compañías privadas cuyas oficinas centrales estuviesen en Flandes o Bruselas y en las que al menos el 51 % del capital de las mismas estuviese en manos de un publicitario de habla flamenca podían ser autorizadas para transmitir anuncios publicitarios en Flandes desde su territorio y hacia la totalidad de la Comunidad flamenca. Todas estas medidas tenían aparentemente un objetivo de interés público, a saber, la protección del uso de la lengua flamenca. Sin embargo, la Comisión llegó a la conclusión de que no existe nexo suficiente para sustentar la posición de la protección cultural y, por ello, se había contradicho el artículo 106.1 TFUE en combinación con el artículo 43 TFUE. Esta decisión fue recurrida sin éxito ante el Tribunal General³⁴⁸.

³⁴⁷ Decisión 97/606/CE de la Comisión de 26 de junio de 1997 con arreglo al apartado 3 del artículo 90 del Tratado CE relativa al derecho exclusivo de emitir publicidad televisada en Flandes (DO L 244, p. 18).

³⁴⁸ STG de 8 de julio de 1999, *Vlaamse Televisie Maatschappij NV contre Comisión*, T-266/97, Rec. 1999 p. II-2329. V. también, a raíz de la STJUE de 20 de septiembre de 2001, Banks, C-390/98, Rec. 2001 p. I-6117, el comentario de ALEXIS, A., “Droits exclusifs ou spéciaux et aides d’État – Questions ouvertes », *Revue du Droit de l’Union Européenne*, n° 2, 2004, p. 185-200.

* * *

Capítulo Cuarto

Artículo 106.2 TFUE: Derecho de la competencia y servicios de interés económico general (SIEG)

“2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.”

• PLANTEAMIENTO

El artículo 106.2 TFUE recoge la excepción al principio de igualdad entre empresas públicas y privilegiadas en la aplicación de las normas del Tratado que ha sido examinado en el capítulo anterior. En este sentido, las empresas encargadas de la prestación de un servicio de interés económico general podrán estar exentas de cumplir con las disposiciones del Tratado en la medida en que la ejecución de su labor se vea imposibilitada. El artículo 106 TFUE está, en gran medida, dirigido a regula la relación entre los servicios de interés económico general y los principios económicos del Tratado, fundamentalmente los que derivan de las disposiciones de competencia, de ayudas de Estado y de libre circulación.

No obstante, a pesar de referirnos al artículo 106.2 TFUE como canal introductor de la excepción relativa a los servicios de interés económico general, lo cierto es que esta disposición se encuentra muy limitada por su propia redacción y se presta a una interpretación sumamente restrictiva.

En efecto, el artículo comienza su dicción enfatizando que las empresas con obligaciones de servicio público se encuentran sometidas a las normas del Tratado y que, solamente cuando su labor sea incompatible con el cumplimiento de dichas disposiciones, quedarán excusadas del mismo (primer inciso). Por lo tanto, la excepción se plantea nuevamente sobre la base de la insistencia previa del principio de igualdad de las empresas ante las disposiciones comunitarias.

En segundo término, acorde con la misma lógica, esto es, dando mayor fuerza a las obligaciones del Tratado y construyendo la lectura de la excepción, se dispone que de ningún modo el flujo de los intercambios entre los Estados miembros podrá verse afectado en detrimento del interés de la Comunidad (segundo inciso). Por consiguiente, un balance entre interés nacional y comunitario deberá estar siempre presente a la hora de analizar la compatibilidad de las obligaciones de SIEG con las normas del Tratado.

En cualquier caso, es llamativo constatar que incluso haciendo referencia el artículo 106.2 TFUE a la totalidad de las normas del Tratado, reciben una mención especial las normas sobre competencia. Su disposición sistemática refuerza esta

característica, de manera semejante a lo que ocurría con respecto al primer apartado del artículo 106 TFUE. De hecho, en la mayoría de los casos, la compatibilidad de la misión específica de las empresas encargadas de la prestación de este tipo de obligaciones se ha puesto en relación con las disposiciones comunitarias en materia de competencia, concretamente con el artículo 102 TFUE.

Todos estos primeros apuntes que señalamos fueron recogidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia desde los primeros casos de aplicación del artículo 106 TFUE. Como ilustra el asunto *MULLER*³⁴⁹, el Tribunal de Justicia ha hecho constantes referencias a la importancia de mantener un equilibrio entre la misión nacional del servicio en cuestión y el interés general de la Comunidad. En palabras del Tribunal, « *la aplicación del artículo 90.2 TFUE [actualmente, artículo 106.2 TFUE] implica la apreciación de las exigencias inherentes, por un lado, al cumplimiento de la misión particular conferida a las empresas... y, por otro lado, a la salvaguardia del interés de la Comunidad* ». En el asunto *COMISIÓN C. FRANCIA*³⁵⁰, el Tribunal reiteró que el objetivo del artículo 106.2 TFUE es “conciliar el interés de los Estados miembros a utilizar ciertas empresas, principalmente del sector público, como instrumentos de política económica o fiscal con el interés de la Comunidad al respecto de las reglas de competencia y la preservación de la unidad del mercado común”.

³⁴⁹ STJUE de 14 de julio de 1971, *Ministerio público luxemburgués c. Madeleine Muler, Veuve J.P. Hein y otros*, 10/71, Rec. 1971 p. 723, § 13.

³⁵⁰ STJUE de 19 de marzo de 1991, precitada, § 53.

A lo largo de la segunda parte de este trabajo, se examinará el desarrollo jurisprudencial que el Tribunal de Justicia ha realizado sobre estas premisas. No obstante, antes de centrarnos en este análisis, hemos de dedicar unas breves líneas descriptivas sobre los conceptos de servicio de interés económico general y servicio universal. Para ello, haremos uso de los distintos textos y documentos que han adoptado tanto el Consejo como la Comisión a este respecto y las reformas de los Tratados sobre esta materia. Por otro lado, un segundo apartado se refiere a las empresas a las que se dirige este precepto analizando quién y sobre qué criterios han de determinarse las obligaciones de servicio de interés económico general. A este respecto, son varios los casos en los que se ha admitido la existencia efectiva de obligaciones de interés económico general y otros en los que tal carácter no ha sido reconocido. La tercera parte de esta sección está dedicada al análisis del alcance de la propia excepción y sus límites. Por derivación de lo establecido en la sección anterior de este trabajo, la interpretación y el margen que se otorgue a los servicios de interés económico general determinarán la medida en la cual los Estados siguen gozando de la posibilidad de crear monopolios públicos, como instrumento tradicional, genuino y característico de sus políticas socio-económicas. Finalmente, para terminar este estudio, nos referimos a un tema de extrema actualidad como es el que combina dos realidades puramente comunitarias: los servicios de interés económico general y el régimen de ayudas públicas del Tratado. Han sido varias las opiniones de abogados generales y sentencias que han alimentado el debate sobre la financiación de estos servicios de interés económico general.

1. CATEGORÍAS DE EMPRESAS A LAS QUE SE DIRIGE EL ARTÍCULO 106.2 TFUE

Si bien el primer apartado del artículo 106 TFUE tenía como destinatarios a los Estados miembros, este segundo apartado se encuentra dirigido a las empresas encargadas de la prestación de un servicio de interés general. Entra este segundo apartado en una mayor lógica sistemática, a diferencia del primero, pues el precepto que analizamos se encuentra en la sección relativa a las empresas dentro de las normas sobre competencia. A continuación se exponen los criterios que rigen la determinación de los servicios de interés económico general.

A. Principio de libertad en la determinación de los servicios de interés económico general

Tal y como la Comisión enfatizaba en la Comunicación de 1991, la aplicación del artículo 106.2 TFUE estaba basada en la absoluta libertad de los Estados miembros para determinar qué actividades debían gozar de la caracterización de servicios de interés económico general. Prevalece, por tanto, la concepción de que los Estados pueden ejercer una clara autonomía en la elección de unos instrumentos u otros en el desarrollo efectivo de sus políticas socio-económicas.

No obstante, esta libertad se ve constreñida por una serie de requisitos que la Comisión se ha preocupado de enumerar en sus respectivos textos publicados en esta

materia. Así, en primer lugar, la libertad de los Estados miembros para determinar qué servicios responden a un interés económico general no es tal en aquellos ámbitos sobre los que exista regulación específica comunitaria. El principio de supremacía prevalece en este caso y limita la voluntad de los Estados. En segundo lugar, la decisión siempre estará sujeta a un control de error manifiesto por parte de la Comisión, que podrá utilizar los poderes conferidos por el artículo 106.3 TFUE para determinar la idoneidad o no en casos que pudieran ser considerados como flagrantemente desorientados. Si bien es cierto que la aplicación de este test, es por su propia naturaleza muy reducida, ha habido casos, a los cuales nos referimos posteriormente, en los que se ha denegado el carácter de interés económico general a un determinado servicio. En último término, como garantía de la seguridad jurídica y transparencia ante el ciudadano, la Comisión entiende que la determinación de los servicios públicos siempre tendrá que estar respaldada por un acto de poder – pudiendo incluso verse articulado sobre la base de un contrato- en el que se delimite claramente cuáles son los contornos de la actividad considerada de interés económico general.

Por otro lado, también acorde con la Comisión, la libertad de los Estados miembros no se acaba en la determinación de las actividades con carácter de interés general. Los Estados son también responsables de la selección de los sujetos que deben prestarlos (esto es, la empresas que eventualmente serán encargadas para el suministro de dichos servicios), los medios a través de los cuales debe realizarse (sirva como ejemplo, y de esta manera trazamos un enlace con el apartado primero

del artículo 106.2 TFUE, la concesión de derechos exclusivos en un determinado segmento económico en un mercado particular) y su modo de financiación³⁵¹. A este respecto, la libertad es ciertamente más reducida. La Comisión estará encargada de velar de manera más rigurosa y no solamente ciñéndose a un test de error manifiesto, por la « *compatibilidad y coherencia* » con el Derecho comunitario de los medios utilizados. Aquí se encuentra el punto tangencial con el segundo principio de aplicación del artículo 106.2 TFUE: el principio de proporcionalidad. En este estadio, el análisis se hará estudiando que los medios utilizados para cumplir con la misión de interés general no crean distorsiones innecesarias del comercio. Se proyecta así el último inciso del precepto en el que se establecía que “el desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad”.

B. Servicios considerados por el Tribunal de Justicia como de interés económico general de un servicio

De la lectura de la Comunicación de la Comisión, parece extraerse que los Estados gozan en efecto de absoluta libertad en materia de servicios de interés general. Sin embargo, son numerosos los asuntos que se plantean ante el Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad de dichas actividades con la normativa comunitaria. En muchos de estos casos, se cuestiona la verdadera naturaleza de « interés general »

³⁵¹ V. *infra* el apartado « Servicios de interés económico general y ayudas de Estado », donde nos referimos a todas las cuestiones que a este respecto se han generado en relación con el régimen de ayudas públicas TFUE.

que pudiera tener una actividad. Se hace necesario encontrar, por ello, un criterio que pueda ayudarnos a determinar la existencia o no de tales servicios. A este respecto es importante el criterio del Abogado General Sr. Stix-Hackl en sus conclusiones sobre el asunto *ENIRISORSE*³⁵².

En este asunto, se cuestionaba que una empresa encargada con carácter exclusivo del mantenimiento de instalaciones portuarias y de la actividad de carga y descarga de mercancías cumpliera con una obligación de interés general. El Abogado General recurrió a los criterios de servicio universal para determinar en este caso la verdadera existencia de un servicio de interés económico general. En esencia, éstos son (a) la accesibilidad de los usuarios a tales actividades, (b) la obligación de pagar un precio razonable y (c) el establecimiento de una garantía de calidad en la prestación del servicio³⁵³.

³⁵² Conclusiones del Abogado General Sr. Stix-Hackl de 7 de noviembre de 2002 para la STJUE de 27 de noviembre de 2003, *Enirisorse SpA c. Ministero delle Finanze*, C-34/01 a C-38/01, Rec. 2003 p. I-14243, § 94-100.

³⁵³ V. también la STJUE de 23 de octubre de 1997, precitada, § 41, donde el Tribunal de Justicia utiliza estos criterios en el marco de un asunto que había de determinar si una empresa estaba encargada de la importación y distribución de la electricidad a través de una concesión no exclusiva:

« constituye una misión de interés económico general, en el sentido del apartado 2 del artículo 90, el suministro ininterrumpido de energía eléctrica, en la totalidad del territorio asignado, a todos los consumidores, distribuidores locales o usuarios finales, en las cantidades que se demanden a cada instante, con tarifas uniformes y en condiciones que sólo pueden variar con arreglo a criterios objetivos aplicables a todos los clientes ».

Partiendo de lo anterior, algunos de los casos en que el Tribunal de Justicia ha considerado el carácter de interés económico general para un servicio determinado se exponen a continuación.

En primer lugar, en el asunto *GB-Inno-BM*³⁵⁴, el Tribunal reconoció que el monopolio sobre el establecimiento y la explotación pública de telecomunicaciones constituía un servicio de interés económico general. RTT ostentaba un monopolio legal en dicho sector económico. De esta sentencia, resulta importante referirse el inciso « *en el estado actual del Derecho comunitario* »³⁵⁵ que el Tribunal de Justicia quiso destacar. De este supuesto se podría derivar un carácter dinámico del concepto de servicio de interés económico general que viene a limitar igualmente la libertad de elección de los Estados miembros. Una evolución liberalizadora como la que se preveía a principio de los años 90 en el sector de las telecomunicaciones limitaría, como parece prever el Tribunal, las opciones de decidir que un determinado servicio constituya una actividad de interés económico general en un Estado en concreto.

Por su parte, en el asunto *CORBEAU*³⁵⁶, el Tribunal concluyó que la Régie des postes estaba encargada de un servicio de interés económico general, consistente en la obligación de efectuar la recogida, el transporte y la distribución del correo, en

³⁵⁴ STJUE de 13 de diciembre de 1991, precitada.

³⁵⁵ STJUE de 13 de diciembre de 1991, precitada, § 16.

³⁵⁶ STJUE de 19 de mayo de 1993, precitada.

beneficio de todos los usuarios, en la totalidad del territorio del Estado miembro interesado, a unas tarifas uniformes y en condiciones de calidad similares, sin considerar las situaciones particulares ni el grado de rentabilidad económica de cada operación individual³⁵⁷. Si bien antes nos preguntábamos cuáles eran los criterios que podían determinar la existencia de un servicio de interés económico general, el Tribunal parece aquí describir las notas básicas: servicio sobre la totalidad del territorio, precios abordables, respeto de determinados estándares de calidad, no discriminación en la prestación. Se vuelve aquí a la caracterización que ya ofreciese el Abogado General en el asunto *ENIRISORSE*.

Finalmente, en el asunto *ALMELO*³⁵⁸, el Tribunal vino a insistir con la misma calificación refiriéndose en este caso a una empresa encargada de garantizar el suministro de energía eléctrica en una parte del territorio nacional. Se trata aquí de una concesión de Derecho público no exclusivo, no obstante. Su misión consistía en la prestación del suministro ininterrumpido de energía eléctrica, en la totalidad del territorio asignado, a todos los consumidores, distribuidores locales o usuarios finales, en las cantidades que se demanden a cada instante, a tarifas uniformes y en condiciones que sólo pueden variar con arreglo a criterios objetivos aplicables a todos los clientes.

³⁵⁷ STJUE de 19 de mayo de 1993, precitada, § 15.

³⁵⁸ STJUE de 27 de abril de 1994, *Ayuntamiento de Almelo c. NV energiebedrijf Ifsselmij*, C-393/92, Rec. 1994 p. I-1477.

Por el contrario, existen igualmente casos en los que el Tribunal de Justicia no ha admitido la existencia de un servicio de interés económico general. Así, a modo de ilustración, en el asunto *BRT II*³⁵⁹, un tribunal belga se dirigió al Tribunal de Justicia para plantearle dos cuestiones prejudiciales sobre el artículo 102 TFUE. El litigio nacional versaba sobre la obligación que imponía la Sociedad General de Autores belga (SABAM) a todos los autores nacionales de ceder globalmente todos sus derechos de autor sin distinguir entre ellos, reservándole su explotación durante un tiempo considerablemente prolongado incluso cuando dicho autor decidía abandonar la sociedad. A este respecto, el juez nacional se cuestionaba si, detentando dicha sociedad una posición dominante, dichas actuaciones constituían un abuso en tanto que imponían prestaciones no equivalentes en las transacciones que realizaba. Habiendo determinado la existencia de un abuso de posición dominante en este caso particular, el Tribunal respondía a la pregunta de si dicha actuación podía estar justificada por la prestación de un servicio de interés económico general. El Tribunal no lo estimó así, pues el Estado no había encargado dicha misión específica y se trataba de una misión, en definitiva, de administrar intereses privados, aun cuando éstos estuvieran protegidos por la ley como derechos de propiedad intelectual. Se sigue así la misma línea jurisprudencial de *MULLER*, en la que exigía la existencia de un acto de autoridad pública que definiese claramente la actividad y las empresas que desarrollan tales actividades.

³⁵⁹ STJUE de 27 de marzo de 1974, *BRT y Sociedad belga de autores compositores y editores c. SV SABAM y NV Fonior*, 127/73, Rec. 1974 p. 51.

En un segundo asunto, en *PORTO DI GENOVA*³⁶⁰, el Tribunal de Justicia volvía a echar en falta la concurrencia de una prueba que sustentase que una empresa encargada de las actividades de carga y descarga en un puerto marítimo estuviese cumpliendo con una obligación de servicio de interés económico general. Lo cierto es que el razonamiento del Tribunal de Justicia no es esclarecedor al establecer:

*« [...] debe señalarse que ni de los autos remitidos por el órgano jurisdiccional nacional, ni de las observaciones presentadas ante este Tribunal de Justicia resulta que las operaciones portuarias tienen un interés económico general que posea características específicas respecto al de otras actividades económicas, ni que, aun suponiendo que fuese así, la aplicación de las normas del Tratado, especialmente las relativas a la competencia y a la libre circulación, podría obstaculizar el cumplimiento de dicha misión [...] »*³⁶¹.

Por su parte, la Comisión interpretó en la decisión *VTM*³⁶² que una empresa a la que le había sido concedido el derecho exclusivo de emitir publicidad televisiva a toda la

³⁶⁰ STJUE de 10 de diciembre de 1991, *Merci convenzionali porto di Genova SpA c. Siderurgica Gabrielli SpA*, C-179/90, Rec. 1991 p. I-5889.

³⁶¹ STJUE de 10 de diciembre de 1991, precitada, § 27. En este asunto, las conclusiones de 19 de marzo de 1991 del abogado general Sr. Van Gerven para la STJUE de 10 de diciembre de 1991, precitada, resultan más esclarecedoras.

³⁶² Decisión de la Comisión de 26 de junio de 1997, precitada.

comunidad flamenca por razones de interés general, no podía ser respaldada por el artículo 106.2 TFUE por cuanto no encontraban suficientemente justificada la necesidad de restringir dicha actividad a una sociedad flamenca con el objetivo de proteger la lengua flamenca ante la presión de otros idiomas como el inglés o el francés. La Comisión aceptó que políticas culturales y de conservación del pluralismo fuesen consideradas imperativas del interés público y que pudiesen llegar a limitar la aplicación determinados preceptos del Tratado. Sin embargo, la Comisión también consideró que debió haber una correlación proporcional entre los medios y los fines.

2. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE « OBSTRUCCIÓN » DE LAS DISPOSICIONES DE DERECHO DE LA COMPETENCIA

El Tribunal de Justicia ha insistido siempre en que la aplicación del artículo 106.2 TFUE deben ser rigurosas, lo cual deriva de la aplicación de disposiciones que incorporen una excepción como contenido deben ser objeto siempre de una interpretación restrictiva³⁶³. Más aún, tal y como ha señalado el propio Tribunal, el artículo 106.2 TFUE supone una dispensa en la aplicación de las reglas de fondo, pero nunca en las reglas de procedimiento, las cuales, deberán ser siempre obedecidas.

³⁶³ STJUE de 29 de noviembre de 2007, Comisión c. Alemania, C-404/05, Rec. 2007 p. I-10239, § 37 y 46.

Al margen de este apunte inicial, que se refiere al modo de interpretación en sí, cabe ahora analizar la construcción que se ha realizado sobre el contenido de la propia excepción. Al igual que ocurría con el primer aparatado, tanto la aplicación del artículo 106.2 TFUE por parte de la Comisión como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre esta misma disposición ha cambiado con respecto a los planteamientos iniciales. En este caso, no obstante, la evolución se ha producido de manera diametralmente opuesta, desde posiciones más severas a otras más flexibles, tanto en decisiones de la Comisión como del Tribunal de Justicia.

En la decisión *ANSEAU NAVEGA*³⁶⁴, la Comisión cuestionaba la compatibilidad de un acuerdo entre un organismo privado representante de los productores y distribuidores del 90% de los electrodomésticos de lavado y la asociación nacional de empresas encargada del suministro de agua potable en Bélgica con el artículo 81 TCE (actualmente artículo 101 TFUE). En virtud de dicho acuerdo, la asociación de empresas había de conceder un certificado de calidad a los aparatos en función de que las aguas residuales desechadas por los electrodomésticos cumpliesen con determinados criterios de limpieza. La Comisión consideró, entre otros motivos, que el acuerdo era contrario al artículo 101 TFUE por cuanto « *eliminaba la posibilidad para otras empresas de hacerse con el mismo distintivo de calidad si no era afiliándose al mencionado acuerdo* »³⁶⁵. La asociación de empresas argumentó

³⁶⁴ Decisión 82/371/CEE de la Comisión de 17 de diciembre de 1981 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado de la CEE (IV/29.995 - *Navewa - Anseau*) (DO L 167, p. 39)

³⁶⁵ Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 1981, precitada, § 66.

entonces que la prohibición de llevar a cabo dicho acuerdo les impedía desarrollar una de las funciones que los poderes públicos les habían concedido como prestadoras de un servicio de interés general, este es, el mantenimiento y control de la pureza del agua potable. A este respecto, la Comisión admitió la existencia de dicha obligación de servicio de interés público, pero añadió que la no observancia de las normas sobre competencia en este caso debía estar justificada en el impedimento considerable del desarrollo de su actividad. En palabras de la Comisión, no es suficiente que su misión se vea « *complicada* ». De lo anterior, se deriva claramente la aplicación de un test riguroso en la efectiva prestación de las obligaciones de servicio de interés económico general. Solamente se admitiría tal excepción, « *en la hipótesis en la que la empresas no disponga de ningún otro medio técnico posible o económico realizable para cumplir con su misión* ». El cumplimiento con las normas del Tratado debe ser un obstáculo absoluto para la prestación de las obligaciones.

En la década de los años 90, el Tribunal de Justicia suavizó el criterio descrito anteriormente, e invitó a la Comisión a considerar determinados aspectos que pudieran favorecer una interpretación menos estricta de la excepción. Así, en el asunto *HÖFFNER*³⁶⁶, el Tribunal de Justicia dispuso lo siguiente:

« *Procede precisar que una oficina pública de empleo, encargada, en virtud de la legislación de un Estado miembro,*

³⁶⁶ STJUE de 23 de abril de 1991, precitada, § 24.

de la gestión de servicios de interés económico general, como los previstos en el artículo 3 de la AFG, sigue estando sometida a las normas sobre la competencia con arreglo al apartado 2 del artículo 90 del Tratado, mientras no se demuestre que su aplicación es incompatible con el ejercicio de su misión ».

Posteriormente, en el asunto *CORBEAU*³⁶⁷, el Tribunal estableció un análisis más sofisticado:

« En consecuencia, se trata de examinar en qué medida es necesaria una restricción de la competencia o, incluso, la exclusión de toda competencia de otros operadores económicos, para permitir al titular del derecho exclusivo cumplir su misión de interés general y, en particular, disfrutar de condiciones económicamente aceptables.

Para efectuar dicho examen, procede partir de la premisa de que la obligación que incumbe al titular de dicha misión de garantizar sus servicios en condiciones de equilibrio económico presupone la posibilidad de una compensación entre los sectores de actividad rentables y los sectores menos

³⁶⁷ STJUE de 19 de mayo de 1993, precitada, § 16 y 17.

rentables y, en consecuencia, justifica una limitación de la competencia, por parte de empresarios privados, en los sectores económicamente rentables. »

En este sentido, en el asunto *ALMELO*³⁶⁸, el Tribunal respaldaba la argumentación de una empresa que se encontraba encargada de suministrar de manera ininterrumpida energía eléctrica en un determinado territorio asignado, a todos los consumidores, distribuidores locales o usuarios finales, en las cantidades que se demanden a cada instante, a tarifas uniformes y en condiciones que sólo pueden variar con arreglo a criterios objetivos aplicables a todos los clientes. No existía duda de que la empresa en cuestión tenía la obligación de cumplir con un servicio de interés económico general. El Tribunal admitió pues que había de permitirse ciertas « *restricciones a la competencia de otros operadores económicos en la medida en que dichas restricciones se revel[ase]n necesarias para permitir cumplir su misión a la empresa a la que se le confió una misión de interés general de este tipo* »³⁶⁹. En el presente asunto, en vez de volver a la equivalencia entre restricciones-obstáculos absolutos, se pronunció de manera más leve y abierta e invitó a considerar el hecho de que la empresa no quede en mayores dificultades que en ocasiones anteriores. En este sentido, añadió:

³⁶⁸ STJUE de 27 de abril de 1994, precitada.

³⁶⁹ STJUE de 27 de abril de 1994, precitada, § 49-50

« hay que tener en cuenta las condiciones económicas en las que debe operar la empresa, en particular los costes que debe soportar y las normativas, especialmente en materia de medio ambiente, a las que se encuentra sometida ».

Más recientemente, en los asuntos *COMISIÓN C. PAÍSES BAJOS* y *TRACO*³⁷⁰, el Tribunal de Justicia hace una llamada a analizar su jurisprudencia de manera siguiente:

*« Procede, pues, llegar a la conclusión de que, para que las normas del Tratado no sean aplicables a una empresa encargada de la gestión de un servicio de interés económico general en virtud del apartado 2 del artículo 90 del Tratado, basta con que la aplicación de dichas normas impida, de hecho o de Derecho, el cumplimiento de las obligaciones específicas de dicha empresa. No es necesario que la propia supervivencia de la empresa esté amenazada »*³⁷¹.

Es simplemente necesario que el titular que deba llevar a cabo dichas misiones de interés económico general pueda desarrollarlas “en condiciones generalmente

³⁷⁰ STJUE de 23 de octubre de 1997, *Comisión c. Países Bajos*, C-157/94, Rec. 1997 p. I-5699; y STJUE de 19 de mayo de 2001, *TNT Traco SpA contre Poste Italiane SpA et autres*, C-340/99, Rec. 2001 p. I-4109.

³⁷¹ STJUE de 23 de octubre de 1997, precitada, § 43, y STJUE de 19 de mayo de 2001, precitada, § 54.

aceptables”. En consecuencia, el abanico de posibilidades se hace más amplio y los criterios a la hora de identificar las barreras para el cumplimiento del servicio público mucho más laxos.

No cabe duda de que la flexibilización anterior propuesta por el Tribunal de Justicia está directamente relacionada con la doctrina del abuso automático³⁷² en los casos de aplicación combinada del artículo 106 TFUE y el artículo 102 TFUE. Conforme con lo que apuntábamos en la parte anterior de este trabajo, el Tribunal de Justicia ha establecido un método de análisis sobre el artículo 106 TFUE, a través del cual, primero declara la incompatibilidad con el Tratado de la concesión de derechos exclusivos de manera extremadamente rigurosa (por ello, la denominación automática), para luego intentar justificarla sobre la base de la excepción del artículo 106.2 TFUE relativa al cumplimiento de una obligación de servicio de interés económico general. De esta manera, abre el rango de posibilidades de compatibilidad de la concesión de derechos exclusivos con el Tratado. En consecuencia, se produce un reforzamiento de la unión entre derechos exclusivos y servicio de interés económico general. Solamente cuando un monopolio público responda a la necesidad de suministrar un servicio de tales características –y para ello, habrá una consideración relativamente abierta y sencilla conforme a la Jurisprudencia anterior-, dicho monopolio será compatible con el Tratado.

³⁷² V. *supra* el apartado « La doctrina del abuso automático: los asuntos Höfner y ERT ».

Por último, en el asunto *AIR INTER*, el Tribunal General ha ido más allá de un simple examen de la « *necesidad* » de la derogación a las reglas del Tratado para exigir en realidad la « *indispensabilidad* » de dicha derogación³⁷³.

3. LÍMITES A LA EXCEPCIÓN

Una vez analizada la extensión de la excepción y la rigidez con que debe ser interpretada, existen una serie de límites que han de aplicarse a posteriori a la excepción. Un primer límite deriva de la naturaleza derogatoria de la propia disposición; mientras que en el segundo caso se trata de un límite explicitado en el Tratado. Se trata del principio de proporcionalidad y la afectación a los intercambios.

A. *El principio de proporcionalidad*

Por lo que se refiere al principio de proporcionalidad, en el asunto *ALMELO*³⁷⁴, que antes hemos mencionado, el Tribunal de Justicia flexibilizó el criterio por el que

³⁷³ STG de 19 de junio de 1997, *Air Inter c. Comisión*, T-260/94, Rec. 1997 p. II-997, § 138, donde se establece que « (...) la aplicación de estos artículos sólo podría excluirse en la medida en que impidiera el cumplimiento de las tareas encomendadas a la demandante. Dado que este requisito debe interpretarse de manera estricta, no bastaba con que simplemente se entorpeciera o hiciera más difícil dicho cumplimiento ». V., sobre esta cuestión, MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., “Servicios de Interés General y artículo 86 del Tratado CE: Una visión evolutiva”, Documento de Trabajo del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo CEU, nº 1, 2005.

³⁷⁴ STJUE de 27 de abril de 1993, precitado.

debía determinarse hasta qué punto el cumplimiento de las normas del Tratado impedían el cumplimiento de su misión. Sin embargo, este nuevo planteamiento iba acompañado de la inclusión de un nuevo criterio: el principio de proporcionalidad. Así, después de admitir que deben tenerse en cuenta la situación económica en la que queda la empresa, remite al tribunal nacional la consideración de que las cláusulas que se cuestionaban en el litigio como contrarias fuesen realmente necesarias para permitir a la empresa encargada de un servicio de interés económico general cumplir con su misión³⁷⁵.

Posteriormente, la Comisión consolidó este nuevo criterio y en su Comunicación de 1991³⁷⁶ lo incluyó como uno de los principios básicos en su aplicación del artículo 106.2 TFUE. La proporcionalidad se erigía entonces como el principio en virtud del cual determinar que “las restricciones de la competencia y las limitaciones de las libertades del mercado único no excedan lo necesario para garantizar el cumplimiento eficaz de la misión”.

B. Afectación a los intercambios

Cuando antes examinábamos las bases elementales de este nuevo apartado, insistíamos en encontrar un equilibrio entre el interés nacional y el interés

³⁷⁵ MORAL SORIANO, M., “How proportionate should anti-competitive State intervention be?”, *European Law Review*, nº 5, 2003, p. 22.

³⁷⁶ *Comunicación de la Comisión*, precitada.

comunitario. Este deseo se desprende del último inciso del apartado segundo, según el cual se establece que « *el desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad* ». A modo de ejemplo, en la decisión *IJSSELCENTRALE*³⁷⁷, la Comisión consideró que el obstáculo a las importaciones y exportaciones de electricidad, a pesar de ser un servicio que gozase de la consideración nacional de interés económico general, afectaba seriamente a los intereses de la Comunidad y hacían, por tanto, imposible la aplicación del artículo 106.2 TFUE.

4. SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL Y AYUDAS DE ESTADO

Son muchas las veces en que a la empresa privatizada, en el contexto más amplio de la liberalización de un sector económico, le ha sido impuesta la obligación de suministrar un servicio de carácter universal. Pensemos, por ejemplo en el mercado de las telecomunicaciones. Una vez que se elimina el derecho exclusivo que correspondió al monopolio histórico durante décadas y se permite la entrada de nuevos competidores en el mercado, se procede a la privatización del primero. Teniendo en cuenta su situación de privilegio –principalmente por las infraestructuras de red de que ya dispone, o simplemente por su posición consolidada en el mercado tras años de servicio-, los Estados miembros les han

³⁷⁷ Decisión 91/50/CEE de la Comisión de 16 de enero de 1991 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/32.732 - IJsselcentrale y otros) (DO L 28, p. 32), § 47-48.

impuesto a estas nuevas empresas privatizadas la obligación de cumplir con el suministro del servicio universal. Este servicio significa la convergencia entre los movimientos liberalizadores y la defensa de los intereses generales por parte de los Estados. Deberá ser suministrado sobre todo el territorio nacional, incluidas las zonas no rentables, garantizando así que la totalidad de la población de un Estado pueda acceder a los servicios mínimos de telecomunicaciones. No obstante lo anterior, incluso sin necesidad de referirnos al marco de la liberalización, es posible concebir que a una empresa privatizada de transporte marítimo que permitía la comunicación para los habitantes de los territorios insulares de un Estado miembro, se le imponga una obligación de mantener ciertos trayectos, aun cuando desde una perspectiva económica no resulten eficientes. No es necesario decir que en ambos casos las compañías respectivas exigirán una contraprestación por los servicios ofrecidos.

Uno de los problemas principales que se plantean y que centra gran parte del debate en la Comunidad Europea, consiste básicamente en encontrar el límite exacto entre los parámetros de compensación efectiva por la prestación de dicha obligación de interés general y la posibilidad de conceder una ayuda en favor de la sociedad³⁷⁸. Tal y como sabemos, el artículo 107 TFUE dispone que serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos

³⁷⁸ BOVIS, C., “Financing Services of General Interest, Public procurement and State Aids: the delineation between market force and protection in the European Common Market”, *European Law Journal*, vol. 11, nº 1, 2005, pp. 79-109.

estatales, bajo cualquier forma, que falsee o amenacen con falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones. Partiendo de este punto, el análisis de la existencia de la ayuda dependerá en todo caso del modo de financiación de dicha contraprestación. Veamos cuáles son estas posibilidades de financiación.

A. Sector reservado y subvenciones cruzadas

Un primer supuesto de financiación a este respecto podemos encontrarlo en la compensación a través de la concesión de un derecho exclusivo de prestación sobre el denominado « *sector reservado* ». Se trata de un segmento rentable de mercado sobre el que la compañía podría asegurarse unos determinados beneficios para contrarrestar así la no rentabilidad de las zonas a las que se le ha impuesto suministrar el servicio. Esta fórmula general es conocida como *sistema de subvenciones cruzadas* y básicamente consiste en la afectación de los resultados positivos de los mercados rentables a las pérdidas en las zonas no rentables.

Para el supuesto anterior, la existencia de una eventual ayuda contraria a lo dispuesto en el artículo 107 TFUE merece dos comentarios. En principio, la ayuda, en sentido de ventaja económica, tendrá que ser determinada sobre la base de la equivalencia entre el beneficio obtenido en el sector reservado y las ineficiencias de las zonas no rentables. Si los beneficios son más altos que las desventajas económicas, habrá una *sobrecompensación* y, por lo tanto, una ayuda. No obstante,

el problema se centra más en deducir que dicha ventaja ha sido concedida según las exigencias subjetivas del artículo 87 TFUE, es decir, si el requisito de fondo del carácter estatal de la ayuda ha sido satisfecho, a pesar de que la reserva del sector a que nos referimos venga legal o reglamentariamente establecida por los Estados miembros.

Tomando en consideración la jurisprudencia *PREUSEN ELECTRA*³⁷⁹, la respuesta debería ser negativa. En este asunto, la Corte se refirió a la compatibilidad de una ley alemana sobre la alimentación de la red eléctrica pública a través de fuentes de energía renovable, lo que concedía a determinadas empresas una posición económica más favorable y afectaba negativamente a sus competidores. El Tribunal no consideró que la norma nacional fuese contraria al artículo 107 TFUE. Reconoce la existencia de una ventaja en favor de determinadas sociedades³⁸⁰, pero añade:

*«...la obligación, impuesta a las empresas privadas suministradoras de electricidad, de adquirir a precios mínimos establecidos la electricidad procedente de fuentes de energía renovables no supone ninguna transferencia directa o indirecta de recursos estatales a las empresas que producen este tipo de electricidad (...)*³⁸¹ El hecho de que la obligación de compra

³⁷⁹ STJUE de 13 de marzo de 2001, *PreussenElektra AG c. Schleswig AG*, 379/98, Rec. 2001 p. I-2099.

³⁸⁰ STJUE de 13 de marzo de 2001, precitado, § 54.

³⁸¹ STJUE de 13 de marzo de 2001, precitado, § 59.

*esté impuesta por la ley y confiera una ventaja indiscutible a determinadas empresas no le confiere el carácter de ayuda de Estado en el sentido del artículo 92, apartado 1, del Tratado*³⁸² ».

A la luz de esta jurisprudencia, resulta difícil interpretar que la sobrecompensación pueda satisfacer todos los requisitos del concepto de ayuda del Tratado.

B. Fondo de compensación

La segunda posibilidad de contraprestación está basada en la creación de un *fondo de compensación*. En este caso, son los concurrentes privados del sector los que deben equilibrar las pérdidas del operador universal. Todos los participantes en el mercado tendrán la obligación de pagar una cantidad determinadas que será destinada al fondo mencionado. Las consideraciones realizadas para el sistema de subvenciones cruzadas pueden ser aplicadas para este caso también. Si bien, puede probarse con facilidad la existencia de una ventaja económica, más difícil será cumplir con el criterio subjetivo de la ayuda³⁸³.

³⁸² STJUE de 13 de marzo de 2001, precitado, § 61.

³⁸³ Cfr. STJUE de 17 de junio de 1999, *Piaggio*, C-295/97, Rec. 1999 p. I-3735; STJUE de 3 de mayo de 1993, *Ladbroke Racing LTD c. Comisión*, C-424/92, Rec. 1993 p. I-2213; STJUE de 20 de noviembre de 2003, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie v GEMO SA*, C-126/01, Rec. 2003 p. I-13769; STJUE de 15 de julio de 2004, *Pearle BV & others v. Hoofdbedrijfschap Ambachten*, C-345/02, Rec. 2004 p. I-7139.

C. Compensación sobre los presupuestos públicos

Dentro de una última categoría, la compensación puede hacerse directamente sobre la base del presupuesto general del Estado. En este caso, la concepción cambia con respecto al criterio anterior: el Estado, como interesado principal de la prestación global del servicio sobre todo el territorio, es quien debe soportar los costes de ineficiencia. La delimitación de la barrera entre la contraprestación efectiva y la ayuda pública adquiere un mayor grado de dificultad. Tres han sido las posiciones doctrinales y jurisprudenciales que se destacan llegados a este punto³⁸⁴:

a) Criterio de la compensación³⁸⁵

En primer lugar, tal y como se desprende del asunto *FERRING*³⁸⁶, la Corte estableció que existiría una ayuda siempre que la cantidad desembolsada por la autoridad pública fuese superior al coste de la prestación de la empresa privada. Los argumentos en favor de este razonamiento son: 1) en primer lugar, el criterio del inversor privado, según el cual una ayuda existe cuando el Estado recibe servicios provenientes del sector privado y la remuneración pública es superior al precio de

³⁸⁴ Seguimos aquí de las Conclusiones del Abogado General Sr. Léger para la STJUE de 24 de julio de 2003, *Altmark*, C-280/00, Rec. P. I-7747.

³⁸⁵ El Abogado General Sr. Jacobs utiliza los términos « *compensation approach* » en sus conclusiones para la STJUE de 20 de noviembre de 2003, precitada.

³⁸⁶ STJUE de 22 de noviembre de 2001, *Ferring*, asunto 53/00.

mercado de dichas prestaciones, debe ser igualmente aplicado a los casos de servicios suministrados, en este caso no directamente al Estado, sino a la sociedad en general pero por disposición pública; (2) en segundo término, se argumenta que el hecho de compensar una actividad no rentable para la empresa privatizada elimina per se el elemento de la ventaja económica de la noción de ayuda; (3) finalmente, la suspensión requerida por el artículo 103.3 TFUE tendría por consecuencia la interrupción de la prestación del servicio universal correspondiente, lo que opera de manera contraria a su propia esencia.

b) Estándar « quid pro quo »³⁸⁷

Solamente cuando existe una relación directa entre la financiación estatal y la obligación de servicio pública bien delimitada, el artículo 107.1 TFUE no será aplicable. Por el contrario, si dicho nexo no existe, estaremos en presencia de una ayuda.

c) Criterio de la existencia de la ayuda:

El Abogado General Léger³⁸⁸ estima que toda transferencia económica de las autoridades públicas hacia la empresa prestataria deberá ser considerada como una

³⁸⁷ Conclusiones del Abogado General Sr. Léger para la STJUE de 24 de julio de 2003, precitada, § 69.

³⁸⁸ Conclusiones del Abogado General Sr. Léger para la STJUE de 24 de julio de 2003, *Altmark*, precitada, §76.

ayuda, aun cuando pueda ser justificada posteriormente sobre la base del artículo 87.2 TFUE.

El Tribunal de Justicia se ha pronunciado recientemente sobre esta cuestión en la sentencia Altmark y establece que las compensaciones de servicio público no constituirán una ayuda en el sentido del artículo 107 del Tratado, siempre y cuando se respeten los cuatro requisitos establecidos en el cuerpo de la sentencia:

- « ...en primer lugar, la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas ».
- « ...en segundo lugar, los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente, para evitar que ésta confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria respecto a las empresas competidoras ».
- « ...en tercer lugar, la compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable relativo a la ejecución de estas obligaciones. El cumplimiento de este requisito es indispensable para garantizar que no se otorga a la empresa beneficiaria ninguna ventaja que

falsee o amenace falsear la competencia al reforzar su posición competitiva ».

- *«...en cuarto lugar, cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público, en un caso concreto, no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones ».*

Lo cierto es que actualmente la complementariedad entre los servicios de interés general y el régimen de ayudas de Estado recibe una atención particular en el seno de la Unión Europea. La *Comisión* elabora en estos momentos una directiva sobre las ayudas estatales relacionadas con los servicios de interés general, tal y como refleja el informe que la misma presentó al Consejo Europeo de Sevilla a petición de este último. En sus informes anteriores, la Comisión mostraba el grado de sus trabajos, pero confiaba en una previa consolidación de la Jurisprudencia al respecto para hacer público un documento final. Es de esperar que dicha publicación se

efectúe a lo largo de 2006³⁸⁹. Por otro lado, la Comisión ha adoptado la Decisión sobre ayudas de estado y compensación por servicio de interés general³⁹⁰ así como marco comunitario de orientación³⁹¹.

5. CONSIDERACIONES FINALES

El artículo 106 TFUE se erige como uno de los tres pilares del Tratado de la Unión Europea en los que se sustenta el perfil económico mixto de la Unión, junto con el artículo 16 TUE, relativo a los servicios de interés económico general como valor inherente al modelo europeo de sociedad y estrechamente ligado a uno de los fines de la Unión Europea, esto es, la cohesión económica y social de todo el territorio de la Unión; y el antiguo artículo 222 TCE, relativo al principio de neutralidad en el régimen de propiedad dentro de los Estados miembros. En este mismo sentido, se presenta como un precepto que ofrece un segmento amplio de interpretación tanto a la Comisión como al Tribunal de Justicia para adoptar tesis más favorables a la intervención de los Estados como agentes económicos y reguladores en los mercados, o por el contrario, interpretaciones más liberales que reducen

³⁸⁹ V. http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others

³⁹⁰ Decisión 2005/842/CE, de la Comisión de 28 de noviembre de 2005 relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 86, apartado 2 del Tratado CE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (DO L 312, p. 67).

³⁹¹ Marco comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (DO L 312, p. 4).

considerablemente el papel del Estado en la vida económica de los países de la Unión Europea.

La construcción jurisprudencial que el Tribunal de Justicia ha llevado a cabo sobre la base del primer y del segundo apartado del precepto parece tender mayormente a esta última postura, sobre todo en la combinación del artículo 106 TFUE con las normas de competencia. En efecto, el desarrollo de la teoría del abuso automático por parte del Tribunal pone en cuestión, desde una perspectiva práctica, la aparente neutralidad del Tratado respecto a la posibilidad de poner en marcha empresas públicas y empresas beneficiarias de derechos exclusivos o especiales. Tal y como se desprende de los apartados precedentes, la evolución en la interpretación de este primer apartado del artículo 106 TFUE ha tendido a considerar que la propia concesión de un derecho exclusivo o especial y la reserva del ejercicio de una determinada actividad empresarial a una sola empresa supone en sí misma el abuso de posición dominante de la empresa beneficiaria. Si bien el Tribunal de Justicia no ha llegado a declarar que la concesión de derechos exclusivos sea contraria al Tratado, en la práctica la aplicación del artículo 106 TFUE ha tenido como resultado desde mitad de los años 90 que ello es así.

De igual manera, la tesis del «abuso automático» ha derivado en un método de aplicación conjunta de los dos primeros apartados del artículo 106 TFUE. Podemos hablar de la fusión de ambos párrafos en las decisiones sobre la compatibilidad de los monopolios legales con las disposiciones del Tratado. Así, el Tribunal recurre a

la justificación de las obligaciones de servicio de interés económico general tras declarar generalmente la ilegalidad de los derechos exclusivos o especiales concedidos por el Estado a una empresa determinada. En otras palabras, la compatibilidad de un instrumento tradicional de las políticas socio-económicas de los Estados se restringe a la verdadera necesidad de cumplir con una misión de interés económico general. La mayor o menor extensión con que se interprete la excepción de estos últimos determinará la legalidad de la concesión, la cual, nunca estará sometida a un análisis autónomo por parte del Tribunal.

Sobre la base de las anteriores consideraciones, puede concluirse que el artículo 106 TFUE ha pasado de ser piedra angular del carácter mixto del sistema económico de la Unión, tal y como ha sido señalado, para convertirse en el instrumento central de la liberalización en la Unión Europea, entendida en su sentido más elemental como la apertura de los mercados a la concurrencia de varios operadores sobre la base de la eliminación de los derechos exclusivos sobre los mismos. Cabe insistir en que ha sido el Tribunal de Justicia la institución que precisamente le ha otorgado este sentido.

La exposición de nuestro análisis nos ofrece numerosas vías de estudio ulteriores que reposan en la sólida comprensión de las dialécticas funcionales de este precepto en la sistemática del Tratado. Con respecto al primer apartado, existe cierta expectativa sobre la consolidación de la doctrina del abuso automático como pauta genérica de interpretación. Derivado de esta cuestión, se ofrecen a análisis el nuevo

dibujo del papel remanente de los poderes públicos en las economías de los Estados y ver hasta qué punto las teorías intervencionistas del Estado han sido sustituidas por las nuevas directrices liberales. En relación con el artículo 106.2 TFUE, se plantea estudiar con mayor dedicación la evolución y eventual convergencia de los conceptos de «servicio público» y «servicio de interés económico general». Los textos que publica de manera paulatina la Comisión sirven de buena referencia para comprobar la interpretación que las instituciones realizan sobre los mismos. En fin, quedan abiertas para el análisis estudios descriptivos de los procesos de liberalización en los sectores que tantas veces hemos mencionado y analizar cuál será el futuro de este tercer apartado cuando el proceso haya concluido.

TERCERA PARTE

LA ORIENTACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA HACIA FINES NO ESTRICTAMENTE LIGADOS AL BIENESTAR DE LOS CONSUMIDORES

*–Los regímenes de ayudas de Estado y de control de concentraciones
en el contexto de la crisis financiera–*

Capítulo Quinto

Artículo 107 TFUE: La aplicación del régimen de ayudas de Estado en el contexto de la crisis

« 1. Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

[...]

3. Podrán considerarse compatibles con el mercado interior:

[...]

b) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;

c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común; [...] »

- **PLANTEAMIENTO: DERECHO DE LA COMPETENCIA «DE EXCEPCIÓN»**

El artículo 107 TFUE establece, en esencia, que serán declaradas incompatibles con el mercado común las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales en beneficio de una o varias empresas en la medida en que falseen o amenacen con falsear la competencia y afecten al comercio entre los Estados. El objetivo de esta disposición es asegurar el mantenimiento de condiciones equitativas de competencia en el mercado, de modo que las empresas concurren conforme a sus propios méritos con independencia de la asistencia financiera de los poderes públicos. Históricamente, la Comisión, en tanto que institución responsable de la determinación y ejecución de la política de la competencia, ha establecido como objetivo principal de este área comunitaria el incitar a los Estados miembros a reducir sus niveles globales de ayudas y a reorientar las que sean estrictamente necesarias hacia objetivos horizontales de interés común. Dentro de este marco, la Comisión tiene como compromiso aplicar un planteamiento estricto a las ayudas ilegales e incompatibles³⁹², a fin de asegurar la asignación eficiente de los recursos y la competitividad del conjunto de la economía europea³⁹³.

³⁹² Comunicación de la Comisión de 7 de junio de 2005, precitada. Según el Informe de la Comisión de 1 de diciembre de 2010, « Marcador de ayudas estatales – Informe sobre las ayudas estatales concedidas por los Estados miembros de la UE – Actualización de otoño de 2010 », COM(2010) 701 final, p. 3, entre 2002 y 2007, el volumen de las ayudas estatales otorgadas a la industria y los servicios fue disminuyendo cada año un promedio del 2%.

³⁹³ Sobre los objetivos del régimen de ayudas de Estado, V. SINNAEVE, A., « State aid control: objectives and procedures », en NICOLAIDES, P. y BILAL, S. (eds.), *Understanding State aid policy in the European Community*, Institute Européene d'Administration publique, 1999.

Sin embargo, la coyuntura económica actual ha obligado a los Estados miembros a atender la demanda de muchas empresas con problemas de solvencia y riesgo de quiebra, particularmente en el sector bancario. Los objetivos de esta intervención han sido fundamentalmente procurar liquidez al sistema financiero y restablecer la confianza entre los agentes económicos para reactivar así las prácticas habituales de préstamo y evitar que la crisis financiera se extienda, en la medida de lo posible, sobre la economía real. Los instrumentos a los que se ha recurrido para acometer estos fines han sido el establecimiento de esquemas de garantías, la recapitalización y la adquisición de activos depreciados.

En este contexto, la Comisión ha hecho pública su posición según la cual el régimen europeo de ayudas de Estado no hace parte del problema de la crisis, sino que, por el contrario, contribuye a su solución puesto que es susceptible de procurar una mayor estabilidad financiera³⁹⁴. Por esta razón, ha desarrollado un marco de orientación y evaluación para los Estados miembros en el que señala tanto la base concreta sobre la cual ha de declararse la compatibilidad con el mercado común de las medidas adoptadas a favor de las instituciones financieras³⁹⁵ —en particular, el artículo 107, apartado 3, letra b), TFUE—, como los principios y criterios que han de regir la

³⁹⁴ KROES, N., Discurso 08/498 de 6 de octubre de 2008 ante el Comité de Asuntos Económicos y Monetarios del Parlamento Europeo, « Dealing with the current financial crisis », disponible en <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/08/498>.

³⁹⁵ A lo largo de este estudio se emplean los términos *instituciones financieras* para referirse a bancos y entidades de crédito equivalentes, de acuerdo con la nomenclatura que la Comisión emplea ordinariamente en sus Comunicaciones.

concesión de ayudas públicas en las circunstancias actuales con el fin de evitar el falseamiento de la competencia.

El presente capítulo tiene por objeto examinar el marco de orientación y evaluación publicado por la Comisión en sus respectivas comunicaciones y analizar cómo está siendo aplicado a los esquemas y a las medidas de ayuda adoptados por los Estados miembros hasta el presente. La tesis que subyace es que las disposiciones del régimen europeo de ayudas de Estado están siendo orientadas hacia un fin que no está estrictamente ligado a la defensa de la propia competencia, entendida ésta como la promoción única y exclusiva del bienestar de los consumidores. Dicho fin es el de la estabilidad financiera. Ello implica que, de manera consciente, se está declarando la compatibilidad con el mercado interior de esquemas de ayudas a favor de las instituciones financieras que suponen la renuncia, cuando menos a título parcial, de la búsqueda de la asignación eficiente de recursos en el mercado.

Por otro lado, cabe destacar que, ante la falta de una base competencial que hubiera de permitir a la Unión Europea intervenir directamente a favor de las instituciones financieras en este contexto de crisis, el régimen de ayudas de Estado se ha erigido en el vehículo que está permitiendo a la Comisión coordinar la acción de los Estados miembros (« bail-out » europeo) conforme a los estándares que ella misma ha establecido. Por su parte, en el caso español, la asistencia a las instituciones financieras en dificultades está siendo articulada a través del denominado Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), cuyo régimen jurídico está recogido

en el Real Decreto-Ley 9/2009³⁹⁶ y que se inspira de manera directa en las comunicaciones de la Comisión.

Los dos primeros apartados de este capítulo están dedicados a examinar las cuestiones que plantea, desde la perspectiva del régimen europeo de ayudas de Estado, el denominado Plan Europeo de Recuperación Económica y su adopción por los Estados miembros. A continuación, el tercer apartado aborda el análisis del marco de orientación y evaluación relativo a las ayudas a favor de las instituciones financieras presentado por la Comisión. El cuarto expone las características particulares del régimen español de ayuda a las instituciones financieras. El quinto apartado examina los riesgos que se derivan del procedimiento urgente que está aplicando la Comisión para la evaluación de las medidas notificadas por los Estados miembros. Finalmente, el último apartado de este capítulo expone el balance del volumen total de ayudas notificadas a la Comisión por los Estados miembros y hace una relación de los casos más destacados hasta el momento en que la Comisión ha aplicado el marco señalado.

³⁹⁶ Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito (BOE 155, Sec. I, de 27.06.2009, p. 53194), modificado por Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo (BOE 89, Sec. I, de 13.04.2010. p. 32863) y por el Real Decreto-Ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero. Otras disposiciones relevantes han sido el artículo 54 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, y el Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorro.

1. LA CRISIS FINANCIERA Y EL RÉGIMEN EUROPEO DE AYUDAS DE ESTADO

A. Causas y efectos de la crisis financiera

Si bien las causas que han dado lugar a la crisis actual todavía son objeto de debate entre los especialistas, a modo de simplificación puede convenirse que la depreciación vertiginosa que experimentaron las hipotecas subprime en Estados Unidos a finales de 2007 supuso un fuerte impacto en los mercados financieros internacionales que ha dado como resultado una pérdida generalizada de la confianza entre los agentes económicos³⁹⁷. Esta incertidumbre, que se mantiene aún en el presente dentro y fuera del sistema financiero, ha traído consigo la paralización del flujo de crédito interbancario y la restricción al acceso a la liquidez por parte de bancos y particulares, y ha extendido lo que inicialmente era un problema exclusivo del sector financiero a otros sectores económicos. La caída de bancos de envergadura internacional y supuesta solidez financiera –véase, a modo de ilustración, el caso del banco norteamericano Lehman Brothers³⁹⁸– agravó esta situación considerablemente por cuanto expuso el carácter sistémico de la crisis³⁹⁹.

³⁹⁷ Cfr. Informe del *High Level Group on Financial Supervision in the EU*, liderado por Jacques de Larosière, disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf.

³⁹⁸ *Solicitud de protección* de 15 de septiembre de 2008 conforme al Capítulo 11 del U.S. Bankruptcy Code.

³⁹⁹ SCHWARCZ, S. L., Systemic Risk, *Georgetown Law Journal*, Vol. 97, No. 1, 2008, p. 198. Destáquese que muchas instituciones financieras, dedicadas a la banca de inversión, han

Este último hace temer que la insolvencia de una o varias instituciones financieras, principalmente aquéllas consideradas esencialmente sólidas, pueda dar lugar a un efecto dominó con repercusiones drásticas en toda la economía.

En estas circunstancias, los diversos Consejos europeos celebrados desde el mes de octubre de 2008 han querido destacar que la superación de la crisis, la recuperación de la economía de un modo sostenible y la minimización de los costes de la desaceleración pasan por la estabilización del sector bancario y del sistema financiero en su conjunto⁴⁰⁰. En el caso de la Unión Europea, esta necesidad es aún más notable si cabe debido al elevado grado de integración de los mercados financieros y a la interdependencia existente entre estos últimos y los mercados reales. Por su parte, el Consejo de la Unión Europea, Asuntos de Economía y Finanzas (ECOFIN) y los jefes de Gobierno de los Estados miembros pertenecientes a la zona Euro han señalado los principios comunes que han de seguirse para responder a la crisis y han esbozado las medidas que con carácter general se muestran necesarias para devolver la confianza al sistema financiero y restablecer

decidido reconvertir su actividad en banca comercial. V. el titular « Morgan Stanley y Goldman Sachs obtiene ficha de banca comercial », Cinco Días, martes 23 de septiembre de 2008, p. 22.

⁴⁰⁰ Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de 15 y 16 de octubre de 2008, 14368/08 CONCL 4, p. 4; conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de 11 y 12 de diciembre de 2008, 17271/1/08 REV1, p. 6; las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de 19 y 20 de marzo de 2009, 7880/1/09 REV1, p. 1; y las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de 23 de octubre de 2011, 52/11 CONL5, p. 6, disponibles con <http://www.consilium.europa.eu>.

condiciones de financiación adecuadas y eficaces⁴⁰¹. Estas medidas pasan por la contribución a la liquidez, la reactivación del crédito interbancario, el sostenimiento de la oferta de crédito a empresarios y particulares y el fomento de la inversión⁴⁰².

Resulta oportuno señalar que, salvo las labores de coordinación que lleva a cabo el ECOFIN dentro del marco del Pacto de Estabilidad y Crecimiento⁴⁰³ y otros acuerdos de intercambio de información entre el Banco Central Europeo, los bancos centrales de los Estados miembros y las autoridades comunitarias y nacionales⁴⁰⁴, la Unión Europea no dispone de una base competencial que le permita intervenir de manera directa en apoyo de las instituciones financieras en una situación como la

⁴⁰¹ Conclusiones de la Sesión nº 2894 del Consejo de la Unión Europea, Asuntos Económicos y Financieros, Luxemburgo, 7 de octubre de 2008, p. 6, y de la Sesión nº 15893 del Consejo de la Unión Europea, Asuntos Económicos y Financieros, Luxemburgo, 22 de octubre de 2011, p. 8. V. también la Declaración de 12 de octubre de 2008 sobre un Plan de acción europeo concertado de los países de la zona euro, p. 3.

⁴⁰² Otros compromisos se encuentran destinados a mejorar el sistema de gobierno corporativo. Por el momento, el Consejo de Economía y Finanzas de 7 de octubre de 2007, precitado, adoptó el compromiso de que los Estados miembros podrían realizar cambios en la gestión de las sociedades que recibieran la ayuda pública, así como el compromiso de retener los beneficios e intervenir en la remuneración de los administradores de tales sociedades.

⁴⁰³ V. la resolución del Consejo Europeo sobre el Pacto de estabilidad y crecimiento (DO C 236) y el Reglamento (CE) nº 1466/97 del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas (DO L 209).

⁴⁰⁴ Memorandum of Understanding on Cooperation between the Financial Supervisory Authorities, Central Banks and Finance Ministries of the European Union on Cross-Border Financial Stability, de 1 de junio de 2008, ECFIN/CEFCPE (2008)REP/53106 REV, p. 6 y siguientes.

actual⁴⁰⁵. Por ello, desde un principio se ha concebido que las acciones de respuesta frente a la crisis habían de ser adoptadas y ejecutadas a nivel nacional, si bien los Estados miembros se han comprometido a su vez a llevarlas a cabo dentro de un marco coordinado, con arreglo a las directrices previstas por la Comisión y en estricto cumplimiento de las normas de competencia⁴⁰⁶. Este compromiso ha resultado ser imprescindible pues permite acometer objetivos paralelos para todos los Estados miembros con la mayor coherencia y eficacia y evita que su intervención, potencialmente asimétrica, conduzca a la fragmentación del mercado interior europeo.

La Comisión, lejos de aceptar un papel testimonial en el contexto de crisis, ha tomado importantes iniciativas tanto en materia económica como en materia de control de la competencia. El objeto del presente capítulo, así como del siguiente, es justamente poner de manifiesto el alto grado de complementariedad que revisten ambas áreas y exponer en qué medida la promoción de objetivos de estabilidad

⁴⁰⁵ A este respecto se distingue de la manera en que se está haciendo frente a la crisis en Estados Unidos. Aunque siguiendo en esencia los mismos principios, en este caso la acción de respuesta ante la crisis está siendo llevada a acabo desde el nivel federal. V., a título de ilustración, la *Emergency Economic Stabilization Act* y la *American Recovery and Reinvestment Act*; así como WILLIAMS JR., G. M., *Rescuing companies/Fixing systems*, 7th experts' forum on new developments in European State aid Law 2009 (European State Aid Law Institute), Bruselas, 14 y 15 de mayo. Cfr. BEBCHUK, L. A., « A Plan for Addressing the Financial Crisis », *The Economists' Voice*, vol. 5, nº 5, 2008 (Harvard Law and Economics Discussion Paper nº 620, septiembre 2008).

⁴⁰⁶ Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de 19 y 20 de marzo de 2009, precitadas, p. 2.

financiera ha supuesto una renuncia de objetivos puramente ligados a la defensa de la competencia.

Por lo que respecta al primer ámbito, la Comisión presentó en un momento inicial a los Estados miembros el denominado Plan Europeo de Recuperación Económica⁴⁰⁷, que propone un programa macroeconómico anticíclico coordinado acorde con los compromisos del Pacto de Estabilidad y Crecimiento y la Estrategia de Lisboa para el Crecimiento y el Empleo. Estaba basado sustancialmente en dos propuestas : la primera invitaba a los Estados miembros a proceder a una inyección de capital en la economía por valor de 200.000 millones de euros (esto es, el 1,5% del PIB de la UE), con el objetivo de favorecer la demanda y estimular la confianza de inversores

⁴⁰⁷ Comunicación de la Comisión de 26 de noviembre de 2008, « Un plan europeo de recuperación económica », COM(2008), 800 final, p. 6 y siguientes. Este programa ha sido posteriormente desarrollado en la Comunicación de la Comisión de 4 de marzo de 2009, « Driving Eruopean recovery », COM(2009) 114 final. A estas iniciativas cabe añadir la puesta en marcha del nuevo Sistema Europeo de Supervisión Financiera, articulado sobre la base de Junta Europea de Riesgo Sistémico (JERS) y de tres autoridades europeas de supervisión: la Autoridad Bancaria Europea (ABE), la Autoridad Europea de Pensiones y Seguros de Jubilación (AEPSJ) y la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM). V. la Comunicación de la Comisión de 27 de mayo de 2009, « Supervisión financiera europea », COM(2009) 252 final. Sobre esta materia, V. MOLONEY, N., « The European Securities y Markets Authority y Institutional Design para the EU Financial Market – A Tale de Two Competences: Part (1) Rule-Making, European Business Law Review, 2011, pp. 43-71, y TAPIA, A., « El sistema europeo de supervisión financiera », Revista de Derecho Bancario y Bursátil, nº 121, 2011, pp. 78-109.

y consumidores⁴⁰⁸; la segunda enumeraba una serie de acciones prioritarias dirigidas hacia objetivos horizontales comunitarios que los Estados miembros habían de poner en marcha con el propósito de aumentar la competitividad de la economía europea en el largo plazo.

El Plan Europeo de Recuperación Económica fue correspondido desde un principio por la mayoría de los Estados miembros de la UE, que adoptaron paquetes de estímulo a la economía en la línea de las propuestas de la Comisión. Según se ha sostenido, los Estados intervinieron inicialmente en la economía, principalmente en el sector financiero, con acciones por valor de más de tres billones de euros⁴⁰⁹, las cuales se han articulado fundamentalmente a través del establecimiento de esquemas de garantías para cubrir los pasivos de las instituciones financieras, la recapitalización de su base de capital y el tratamiento de los activos deteriorados⁴¹⁰

⁴⁰⁸ De manera más precisa, de la dotación de 200.000 millones de euros, 170.000 millones de euros habrían de proceder de los presupuestos nacionales, mientras que los 30.000 millones restantes se imputarían a distintos presupuestos europeos y al Banco Europeo de Inversiones.

⁴⁰⁹ Informe de la Comisión de 8 de abril de 2009, « Cuadro de indicadores – Actualización de Primavera 2009 », COM(2009) 164, p. 15. Sin embargo, el volumen real de ayudas en el sentido del artículo 107 TFUE es inferior a dicha cifra, porque el elemento de ayuda de las garantías públicas no constituye sino una pequeña fracción de los importes garantizados. Solamente se produce un gasto presupuestario real cuando se activa la garantía. V. la nota de prensa de la Comisión IP/09/554 de 8 de abril de 2009. V. también *The Economist*, Three trillion dollars later, 16 de mayo de 2009, p. 13.

⁴¹⁰ Los términos *activos deteriorados* comprenden tanto los activos calificados ordinariamente como « tóxicos », es decir, aquéllos que han perdido prácticamente toda liquidez, como aquellos otros que, desde una perspectiva más amplia, los Estados consideran necesario compensar para

de sus balances. A estas medidas se añaden, además, las ayudas concedidas a la liquidación controlada y otras formas de ayudas a la liquidez llevadas a cabo por los bancos centrales nacionales⁴¹¹. Actualmente, la asistencia concedida a las instituciones financieras en dificultades supera sustancialmente la intervención inicial⁴¹².

Aun cuando los instrumentos anteriores tienen la misma vocación de respuesta ante la crisis, cada uno de ellos cumple funciones específicas. Así, la garantía está dirigida esencialmente a cubrir los pasivos de las instituciones financieras y a restaurar la confianza entre bancos, inversores y particulares, para cumplir de este modo con la reactivación del crédito interbancario, el crédito ordinario al por menor y, sobre todo, evitar la retirada de los depósitos de los bancos por parte de los

equilibrar los balances de los bancos. V. *infra* el epígrafe titulado « Comunicación de 25 de julio de 2008 (Tratamiento de activos deteriorados) ».

⁴¹¹ V. *infra* el epígrafe titulado « Marco de orientación y evaluación sobre las ayudas adoptadas a favor de las instituciones financieras ».

⁴¹² Cfr. *infra* el epígrafe titulado « Balance de la ayudas concedidas al sector financiero a la luz de la práctica de la Comisión », donde se indica que la ayuda al sector financiero corresponde a más del 10% del Producto Interior Bruto de la Unión Europea. Por otro lado, cabe destacar que, debido a las tensiones en la deuda soberana y al apoyo financiero a Grecia, el Consejo de la Unión Europea acordó el 9 de mayo de 2010 la creación del denominado *Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera* con un volumen inicial de 500.000 millones de euros.. Véanse las Conclusiones de 11 de marzo de 2011 de los jefes de Estado o de Gobierno de la zona del Euro, disponibles en http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ecofin/119813.pdf, y el Reglamento (UE) nº [407/2010](#) del Consejo, de 11 de mayo de 2010, por el que se establece un mecanismo europeo de estabilización financiera (DO C 181, p. 1)

particulares. Por su parte, la recapitalización tiene por función principal introducir liquidez en el sistema con el consiguiente efecto positivo en el flujo del crédito. Por último, el rescate de activos deteriorados equilibra los balances de los bancos, estimula la confianza y redonda positivamente también en las dinámicas de crédito.

Por otro lado, todas estas medidas han hecho el objeto de esquemas de aplicación general, a los que han podido concurrir a título abierto las instituciones financieras que así lo desearan, o bien ser medidas individuales « ad hoc » destinadas a ayudar a una empresa en particular. El cuadro I.1 muestra la relación de medidas adoptadas por cada uno de los países de la UE durante el primer trimestre de 2009.

Cuadro I.1 – Intervenciones de los Estados miembros a favor de las instituciones y medidas individuales « ad hoc » hasta el 31 de marzo de 2009⁴¹³

Estado miembro	Esquemas de Garantías	Esquema de Recapitalización	Esquemas que combinan ambas medidas	Otras medidas (ej. ayudas a la liquidación)	Intervención individuales « ad hoc »
<i>Bélgica</i>					X
<i>Bulgaria</i>					
<i>República Checa</i>					
<i>Dinamarca</i>	X	X			
<i>Alemania</i>			X		X
<i>Estonia</i>					
<i>Irlanda</i>	X				X
<i>Grecia</i>			X		

⁴¹³ El cuadro se encuentra publicado en el Informe de la Comisión de 8 de abril de 2009, « Cuadro de indicadores – Actualización de Primavera 2009 », precitado, p. 15 y siguientes.

<i>España</i>	x			x	
<i>Francia</i>	x	x			x
<i>Italia</i>	x	x			
<i>Chipre</i>					
<i>Letonia</i>	x				x
<i>Lituania</i>					
<i>Luxemburgo</i>					x
<i>Hungría</i>			x		
<i>Malta</i>					
<i>Países Bajos</i>	x				x
<i>Austria</i>			x		
<i>Polonia</i>					
<i>Portugal</i>	x				x
<i>Rumania</i>					
<i>Eslovenia</i>	x	x			
<i>Eslovaquia</i>					
<i>Finlandia</i>	x				x
<i>Suecia</i>	x	x			x
<i>Reino Unido</i>	x		x		

B. El Plan de Recuperación Económica y la ausencia de competencias de rescate de la Unión Europea

a) La acción pivotal de la Comisión sobre el fundamento del régimen de ayudas de Estado

La aceptación de las propuestas del Plan Europeo de Recuperación Económica por parte de los Estados miembros ha sido acogida con satisfacción por las instituciones europeas, si bien se ha mantenido una cautela parcial por cuanto, a juicio de la

Comisión, la recuperación de la economía en la UE reside igualmente en el respeto de las normas y principios comunitarios que derivan del Tratado y, en particular, de los relativos a la defensa de la competencia. Así lo han manifestado los distintos comisarios de la Competencia en sus numerosas intervenciones públicas desde el inicio de la crisis⁴¹⁴. Ellos han enfatizado que el hecho de que los Estados se sumen a las propuestas de la Comisión no elimina el peligro de que, al ponerlas en práctica, éstas vulneren principios comunitarios fundamentales.

Es por ello que resulta igualmente significativa la dedicada campaña de vigilancia y control de la compatibilidad con el mercado común de las medidas adoptadas en este contexto por los Estados miembros que está siendo llevada a cabo por la Comisión de conformidad con el artículo 107 TFUE. Algunos de los Estados miembros se han mostrado críticos a este respecto. No obstante, la Comisión ha insistido en que su implicación en este ámbito se justifica por múltiples razones⁴¹⁵.

⁴¹⁴ V. la carta abierta de KROES, N., « Competition policy and the financial/banking crisis: taking action », disponible en http://ec.europa.eu/comisión_barroso/kroes/financial_crisis_en.html, así como la nota de prensa IP/08/1453 de 2 de octubre de 2008: « State aid: Commission approves German rescue aid package for Hypo Real Estate Holding AG » y su Discurso 08/498 de 6 de octubre de 2008, « Dealing with the current financial crisis », precitado. V. también ALMUNIA, J., Discurso 10/618 de 4 de noviembre de 2010 ante la European Banking Federation, « Financial stability, a level playing field in Europe and a healthier financial sector: the role of competition policy », disponible en http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=S_PEECH/10/618&type=HTML.

⁴¹⁵ GERARD, D., « Managing the Financial Crisis in Europe: Why Competition Law is Part of the Solution, Not of the Problem », *Global Competition Review*, diciembre de 2008, p. 5.

En primer lugar, por la obligación que le corresponde de velar por que no se produzcan distorsiones innecesarias en la competencia y de reducir el riesgo potencial de fragmentación del mercado único. En segundo término, por la necesidad de ofrecer seguridad jurídica a los operadores económicos, haciendo expresa la garantía de que los principios del Tratado imperan incluso en el contexto de crisis, si bien aplicados con un mayor margen de flexibilidad y sin convertirse en un obstáculo para la implementación de las iniciativas de los Estados miembros. Además, puede entenderse que la Comisión ha pretendido dejar patente que ha de cumplirse con la obligación de notificación de toda medida de ayuda que se propongan otorgar los Estados miembros, de conformidad con el artículo 108, apartado 3, TFUE, y con la obligación de no ejecutar dicha medida hasta que la Comisión se haya pronunciado sobre su compatibilidad con el mercado común⁴¹⁶. Por último, la Comisión ha reiterado en varias ocasiones que era necesario evitar una espiral de ayudas que condujera a los Estados a una competición subvencionadora y que comprometiese el equilibrio presupuestario al cual se aspiraba incluso en este periodo de crisis⁴¹⁷. Esta última circunstancia adquiere mayor relevancia si cabe si se tiene en cuenta la diferente capacidad de respuesta económica de que disponen los distintos países de la Unión Europea para ayudar a sus empresas nacionales y de la situación extremadamente delicada en que se encuentran en la actualidad los

⁴¹⁶ V. el artículo 4, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 659/1999 del Consejo de 22 de marzo de 1999 por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 TFUE (DO L 83, p. 1).

⁴¹⁷ Cfr. la nota de prensa IP/09/273 de 18 de febrero de 2009.

balances macroeconómicos de algunos de ellos⁴¹⁸. De la misma manera, el planteamiento hunde sus raíces en la oposición constante que la Comisión mantiene hacia las medidas de los Estados que fomentan el nacionalismo económico y que ponen en peligro los logros conseguidos hasta el momento por la integración europea⁴¹⁹.

Siendo lo anterior así, la Comisión se ha convertido por propia iniciativa en una suerte de pivote coordinador y garante del compromiso de actuar conjunta y eficazmente, haciendo que todas las medidas de los Estados miembros se filtren por una serie de estándares y principios que ella misma ha establecido y sobre la base de los cuales ella ha de llevar a cabo la evaluación última de su compatibilidad con el mercado común.

Es remarcable, por otro lado, que los Estados miembros no hayan recurrido al artículo 108, apartado 2, TFUE, que establece la posibilidad de que el Consejo, a petición de un Estado miembro y mediando circunstancias extraordinarias, decida

⁴¹⁸ Cfr. Informe de la Comisión de 1 de diciembre de 2010, precitado, p. 3, donde se señala que, entre 2002 y 2007, se redujo el déficit presupuestario de los Estados miembros de la UE hasta representar, en promedio, el 0,8% del PIB en 2007, el mejor resultado en los treinta últimos años. V. también la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, « Sostenibilidad a largo plazo de las finanzas públicas en un contexto de recuperación de la economía », COM(2009) 545 final, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0545:FIN:ES:PDF>.

⁴¹⁹ Respecto a las medidas proteccionistas adoptadas en los últimos años, en particular en el contexto de las fusiones comunitarias, V. TAPIA, A., « Fusiones y OPAs tranfronterizas », Aranzadi, 2007, p. 32.

que una ayuda concedida o que vaya a conceder dicho Estado sea considerada compatible con el mercado común. Si bien es cierto que el acuerdo requiere unanimidad de todos los Estados miembros en el seno del Consejo de ministros, una decisión positiva en este sentido habría resuelto a favor de la no implicación de la Comisión en la ejecución de las medidas de ayuda frente a la crisis y habría permitido optar por criterios quizá aún más flexibles. De modo que, a pesar de las críticas aparentes sobre el papel desempeñado por la Comisión hasta el momento, existe una cierta aprobación tácita de su actuación. Los Consejos europeos a los que ya hemos hecho mención han destacado precisamente que ha de apoyarse a la Comisión en la aplicación de las normas relativas a la política de competencia y, en particular, las relativas a las ayudas públicas, sin dejar de aplicar al mismo tiempo los principios del mercado único y del régimen de tales ayudas⁴²⁰.

Resulta igualmente importante destacar que, en el ejercicio de las funciones de coordinación, utilizando a estos efectos el régimen comunitario de ayudas de Estado, tal y como se ha explicado, la Comisión ha querido mostrar a los Estados un compromiso recíproco de reacción rápida. Por ello, ha tomado dos iniciativas muy relevantes. Por un lado, ha publicado un marco de orientación para que los Estados miembros puedan diseñar sus medidas de ayuda, tanto las dirigidas al sector financiero como a la economía real, de modo que su compatibilidad con el mercado común pueda ser evaluada rápidamente por ella misma. Por otro lado, tal y como se

⁴²⁰ Conclusiones del Consejo europeo de 15 y 16 de octubre de 2008, precitadas, p. 5.

describe más adelante⁴²¹, la Comisión ha manifestado su disposición absoluta para tratar con la mayor celeridad posible todas las ayudas notificadas en virtud del artículo 108, apartado 3, TFUE.

b) Las cinco fases en el desarrollo del marco normativo aplicable al sector financiero

Por lo que se refiere a las ayudas en favor de las instituciones financieras, el marco nuevo de la Comisión consiste, por orden cronológico, en las siguientes comunicaciones⁴²²:

- Comunicación de 13 de octubre de 2008 sobre la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas adoptadas en relación con las instituciones financieras en el contexto de la actual crisis financiera mundial (en adelante, la « Comunicación Bancaria » o « Comunicación de 13 de octubre de 2008 »)⁴²³,

⁴²¹ V. *infra* el apartado « Los nuevos compromisos del procedimiento de evaluación y sus riesgos ».

⁴²² Estas tres comunicaciones se complementan con la Comunicación de 17 de diciembre de 2009 relativo al marco temporal comunitario aplicable a las medidas de ayuda estatal para facilitar el acceso a la financiación en el actual contexto de crisis económica y financiera (DO C 10, p. 2), que tiene por objeto las ayudas dirigidas, no al sector financiero, sino a los sectores pertenecientes a la economía real.

⁴²³ DO C 270, p. 8.

- Comunicación de 5 de diciembre de 2008 sobre la recapitalización de las instituciones financieras en la crisis actual: limitación de las ayudas al mínimo necesario y salvaguardias contra los falseamientos indebidos de la competencia (en adelante, la « Comunicación Recapitalización » o « Comunicación de 5 de diciembre de 2008 »)⁴²⁴.
- Comunicación de 25 de febrero de 2009 sobre el tratamiento de los activos cuyo valor ha sufrido un deterioro en el sector bancario comunitario (en adelante, la « Comunicación Tratamiento de activos deteriorados » o « Comunicación de 25 de febrero de 2009 »)⁴²⁵.
- Comunicación de 23 de julio de 2009 sobre la recuperación de la viabilidad y la evaluación de las medidas de reestructuración en el sector financiero en la crisis actual con arreglo a las normas sobre ayudas estatales (en adelante « Comunicación Reestructuración » o « Comunicación de 23 de julio de 2009 »)⁴²⁶.
- Comunicaciones de 1 de diciembre de 2010 y de 1 de diciembre de 2011, relativas a la aplicación, a partir del 1 de enero de 2011 y del 1 de enero de 2012, de las normas sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo a los

⁴²⁴ DO C 10, p. 2.

⁴²⁵ DO C 72, p. 1.

⁴²⁶ DO C 195, p. 9.

bancos en el contexto de la crisis financiera (en adelante, « Comunicaciones Prorrogação »)⁴²⁷.

En términos generales, cada una de las tres primeras comunicaciones aborda uno de los instrumentos de acción de los Estados a los que hemos hecho referencia anteriormente. Así, la Comunicación de 13 de octubre de 2008 se centra fundamentalmente en los esquemas de garantía; la Comunicación de 5 de diciembre de 2008, en los esquemas de recapitalización; y la Comunicación de 25 de febrero de 2009, en el tratamiento de activos deteriorados. En la primera Comunicación, además, la Comisión estableció y desarrolló los principios generales del marco de orientación y evaluación en su conjunto, los cuales han sido más tarde recogidos y especificados en las dos comunicaciones siguientes. Por su parte, la Comunicación de 23 de julio de 2009 enumera las características específicas que ha de reunir un plan de reestructuración (o un plan de viabilidad) en el marco específico de las ayudas estatales concedidas a las instituciones financieras en el contexto de crisis. En fin, tanto la Comunicación de 1 de diciembre de 2010 como la Comunicación de 1 de diciembre de 2011 esbozan el intento reciente de la Comisión por iniciar una transición hacia los criterios tradicionales que habían sido aplicados a las empresas en dificultades antes del desencadenamiento de la crisis en el sector financiero.

Más adelante en este capítulo se exponen cuáles son los principios y los criterios que se derivan de este nuevo marco de la Comisión y cómo se aplican en particular a las

⁴²⁷ DO C 329, p. 7, y DO C 356, p. 7.

garantías, la recapitalización y el tratamiento de activos deteriorados. Adelantemos ahora, no obstante, que estos instrumentos –sobre todo, los dos primeros– han formado parte del elenco de mecanismos de que los Estados miembros han hecho uso tradicionalmente para intervenir a favor de las empresas y han sido, por tanto, objeto de control por parte de la Comisión bajo el régimen ordinario de ayudas públicas del Tratado. En el siguiente apartado se hace una breve referencia a este régimen general y, en particular, a cómo han sido evaluados dichos instrumentos en el pasado para así tener una mejor referencia respecto de los cambios introducidos, al menos temporalmente, por el nuevo marco « de excepción » de la Comisión.

2. LOS INSTRUMENTOS DE INTERVENCIÓN A FAVOR DE LAS EMPRESAS EN CRISIS A LA LUZ DEL RÉGIMEN ORDINARIO DE AYUDAS DE ESTADO

A. El régimen europeo de ayudas de Estado

a) La noción de « ayuda » con arreglo al artículo 107 TFUE

Por todos es sabido que para hablar de « ayuda de Estado » en el sentido del artículo 107 TFUE, la medida en cuestión ha de satisfacer los siguientes tres requisitos⁴²⁸:

⁴²⁸ La noción de « ayuda » del artículo 107 TFUE ha sido desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. V. HANCHER, L., OTTERVANGER, T. y SLOT, P. J., *EC State Aids*, Sweet & Maxwell, 2006, y CONOR, Q., *European State Aid Law*, Hart Publishing, 2009. V. también la Comunicación de la Comisión de 25 de febrero de 2009, relativa a la aplicación de la normativa sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales (DO C 85, p. 1). Por lo que se refiere a la jurisprudencia, V., a título de ilustración, STJCE de

procurar una ventaja económica, ser de origen público y tener carácter selectivo. A éstos es necesario añadir otros dos factores determinantes de la incompatibilidad de la medida con el mercado común, éstos son, la afectación al comercio entre los Estados y el falseamiento de la competencia.

i. Elemento objetivo: Ventaja económica

Por lo que se refiere al primer requisito, la existencia de una ayuda exige que una empresa haya sido favorecida mediante una ventaja económica o beneficio material⁴²⁹. Ésta puede derivar bien de la obtención directa de fondos, bien de la exoneración del pago de determinadas cargas que la empresa estuviera obligada a cumplir como regla general (por ejemplo, la exoneración del pago de las cotizaciones sociales debidas). La *rationale* de este planteamiento es abarcar no solamente las subvenciones en sentido estricto, sino todas las medidas que pudieran aliviar las cargas económicas a las que se encuentran sometidas habitualmente las empresas en el mercado.

ii. Elemento subjetivo: Procedencia pública de los recursos

24 de julio de 2003, *Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg*, C-280/00, Rec. 2003 p. I-7747, § 75.

⁴²⁹ STJCE de 18 de febrero de 1960, *Steenkolenmijnen in Limburg c. Alta Autoridad*, asunto 30/59, § 19.

En segundo término, el artículo 107 TFUE exige que la ventaja económica provenga de los poderes públicos, ya sean estatales o regionales⁴³⁰. Este requisito subjetivo de la noción de ayuda ha sido objeto de una interpretación ciertamente confusa por parte del Tribunal de Justicia. En términos generales, siempre ha permanecido la cuestión de saber si el carácter público de la ayuda exige que los poderes públicos hayan llevado a cabo una transferencia efectiva de fondos (en sentido negativo, que hayan procedido a la eliminación de una carga pecuniaria a favor de la empresa), o si bien es suficiente que las autoridades públicas hayan adoptado cualquier medida que coloque a la empresa en una posición más aventajada con respecto a sus competidores sin necesidad de efectuar la transferencia de fondos referida⁴³¹. Sin entrar en una discusión mayor, parece que el Tribunal de Justicia, en su sentencia *PreussenElektra*⁴³², se aproxima más a la primera de las interpretaciones señaladas⁴³³.

⁴³⁰ STJCE de 4 de mayo de 1988, *Bodson c. Pompes Fúnebres*, asunto 30/87, § 14.

⁴³¹ La evolución en la jurisprudencia relativa a esta cuestión viene determinada por STJCE de 24 de enero de 1978, *Países Bajos c. Van Tiggele*, asunto 82/77, § 24; STJCE de 27 de marzo de 1980, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Denkavit*, asunto 61/79, § 31; STJCE de 30 de enero de 1985, *Comisión c. Francia*, asunto 290/83, § 14; STJCE de 17 de marzo de 1993, *Sloman Neptum c. Bodo Ziesemer*, asuntos acumulados 72/91 y 73/91, § 21; STJCE de 30 de noviembre de 1993, *Kirsammer-Hack c. Sidal*, asunto 189/91, § 16; STJCE de 7 de mayo de 1998, *Viscido c. Poste Italiane*, asuntos acumulados, 52, 53 y 54/97, apart. 14-15.

⁴³² STJCE de 13 de marzo de 2001, *Preussen Elektra*, asunto 379/98. Cfr. STJCE de 13 de mayo de 2002, *Francia c. Comisión (Stardust Marine)*, asunto 482/99; STJCE de 15 de julio de 2004, *Pearle*, asunto 345/02; y STJCE de 17 de junio de 1999, *Piaggio*, asunto 295/97.

⁴³³ ORTEGA BUENO, R. y ORTEGA FERNÁNDEZ, R., « La sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Preussen Elektra*: la necesidad de una interpretación en función de los efectos en materia de ayudas públicas », *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, noviembre/diciembre 2002, p. 88. V. también ROSS, M., « State aids: maturing into a

iii. Carácter selectivo y afectación al comercio entre los Estados

Por último, el carácter selectivo de una ayuda estatal significa que la ayuda debe ser acordada a favor de una o varias empresas concretas, y no ser una medida general de política económica aplicable a todas las empresas en todos los sectores de un Estado miembro⁴³⁴. El carácter selectivo de la medida no depende del número de empresas beneficiarias, ni de la diversidad de los sectores económicos afectados.

En cuanto al factor determinante de la incompatibilidad con el Tratado, la intervención pública debe tener como consecuencia la afectación al comercio entre los Estados miembros y provocar una distorsión en la competencia. El falseamiento de la competencia se produce automáticamente cuando la ayuda favorece a determinadas empresas en detrimento de otras, salvo en los casos de *minimis* o de menor importancia⁴³⁵. Por su parte, la afectación a los intercambios comerciales se produce siempre que el objeto del examen sea un mercado abierto a la competencia,

constitutional problem », *Yearbook de European Law*, nº 13, 1995, p. 79; SLOTBOOM, M. « State aid in Community law: a broad or narrow definition », *European Law Review*, nº 20, 1995, p. 289; BACON, K.. « State aid and general measures », *Yearbook de European Law*, nº 17, 1997, p. 269.

⁴³⁴ STJCE de 17 de junio de 1999, *Comisión c. Bélgica (Maribel)*, asunto 75/1997 y STJCE de 8 de noviembre de 2001, *Adria-Wien Pipeline GmbH y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH c. Finanzlandesdirektion für Kärnten*, asunto 143/99.

⁴³⁵ Cfr. Reglamento (CE) nº 1998/2006 de la Comisión, de 15 de diciembre de 2006, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a las ayudas *de minimis* (DO L 379, p. 5).

como es el sector financiero, y cuando las ayudas no estén destinadas a pequeñas empresas que ejercen actividades meramente locales y sin trascendencia comunitaria. Los tribunales europeos son ciertamente estrictos en la interpretación de estos criterios: la mínima distorsión en este sentido hace aplicable el artículo 107 TFUE⁴³⁶.

Para los fines del presente análisis, resulta suficiente señalar que tanto el origen público como el carácter selectivo de las medidas que los Estados miembros están adoptando para ayudar a las instituciones financieras en el contexto actual quedan suficientemente expuestos, dado que es evidente que tales medidas son otorgadas por los poderes públicos y únicamente determinadas empresas son sus beneficiarias. Por ello, sólo el elemento de la ventaja material puede resultar de un mayor interés en este sentido

⁴³⁶ STG de 15 de junio de 2000, *Alzetta e.a. c. Comisión*, asuntos acumulados 298/97, 312/97, 313/97, 315/97, 600/97 a 607/97, 1/98, 3/98 a 6/98 y 23/98, § 81, y STJCE de 15 de diciembre de 2005, *Unicredito Italiano*, C-148/04, § 58. En este último asunto, el Tribunal de Justicia estableció, en particular, que « *no es necesario que la empresa beneficiaria participe en los intercambios intracomunitarios. En efecto, cuando un Estado miembro concede una ayuda a una empresa, la actividad interior puede mantenerse o aumentar, con la consecuencia de que disminuyen con ello las posibilidades de las empresas establecidas en otros Estados miembros de penetrar en el mercado del Estado miembro en cuestión [...] Además, el fortalecimiento de una empresa que, hasta entonces, no participaba en los intercambios intracomunitarios puede colocarla en una situación que le permita penetrar en el mercado de otro Estado miembro* ».

b) Garantías, recapitalización y tratamiento de activos deteriorados

No debe olvidarse que los poderes públicos pueden participar en el mercado como un agente económico más⁴³⁷ interviniendo en las empresas mediante la adquisición de participaciones en su capital o concediendo garantías, sin que estas medidas caigan necesariamente dentro del concepto de ayuda de Estado del artículo 107 TFUE.

Para distinguir entre la existencia de una ayuda en el sentido del Tratado y la legítima obtención de fondos o garantías por parte de una empresa, aun cuando éstos provengan del Estado, la Comisión ha aplicado tradicionalmente el denominado « test del inversor privado »⁴³⁸. Con arreglo a este estándar, existe una ayuda conforme al artículo 107 TFUE toda vez que una empresa obtiene fondos o es beneficiaria de una garantía o un préstamo concedido por los poderes públicos que no podrían haber sido conseguidos en condiciones normales de mercado⁴³⁹, es decir,

⁴³⁷ V. el artículo 345 TFUE que dispone que « *el [propio] Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros* ».

⁴³⁸ Entre otras, STJCE de 10 de julio de 1986, *Bélgica c. Comisión*, asunto 234/84 ; STJCE de 14 de febrero de 1990, *Francia c. Comisión*, asunto 301/87, p. 38 ; STJCE de 21 de marzo de 1990, *Bélgica c. Comisión*, asunto 142/87, pp. 23-24.

⁴³⁹ Cfr. COCCIA, M., « Le partecipazioni statali italiane davanti alla Corte di Giustizia: Auti di Statu o aiuti di status? », *Revista di Diritto Internazionale*, 1992, p. 993. V. también STJCE de 21 de marzo de 1991, *Italia c. Comisión*, asunto 305/89, p. 20.

ningún agente económico habría adoptado una decisión similar en las mismas circunstancias en relación con dicha empresa⁴⁴⁰.

i. Garantías

Por lo general, se ha considerado que tanto las garantías como las recapitalizaciones son ventajas económicas solamente en la medida en que reducen las cargas a las que ordinariamente está sometido el presupuesto de una empresa⁴⁴¹. Respecto a las garantías, la Comisión ha dispuesto en su Comunicación de 20 de junio de 2008 que el elemento del beneficio económico o de la ventaja material proviene del hecho de que el Estado es quien asume el riesgo vinculado a la garantía. Si la asunción de dicho riesgo no es compensada con una prima adecuada conforme a las condiciones de mercado, estaremos ante una ayuda de Estado en el sentido del artículo 107 TFUE. En estas circunstancias, puede existir una ayuda estatal aunque suceda que el Estado no haya efectuado ningún pago amparado por la garantía. La ayuda se otorga al conceder la garantía, no en el momento de ejecutarla o de hacer efectivo un pago en virtud de ella⁴⁴².

⁴⁴⁰ STPI de 12 de diciembre de 2000, *Alitalia c. Comisión*, asunto 296/97.

⁴⁴¹ STJCE de 15 de marzo de 1994, *Banco Exterior de España*, asunto 387/92, p. 13; STJCE de 8 de noviembre de 2001, *Adria-Wien Pipeline et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, asunto 143/99, p. 38; STJCE de 22 de noviembre de 2001, *Ferring*, asunto 53/00, p. 15.

⁴⁴² Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de los artículos 87 y 88 TFUE a las ayudas estatales otorgadas en forma de garantía (DO C 155, p. 2). Véanse también la Decisión 2003/706/CE de la Comisión, de 23 de abril de 2003, relativa a los regímenes de ayuda aplicados por Alemania — Regímenes de garantía del Estado federado de Brandeburgo de 1991

ii. Recapitalizaciones

Sobre el fundamento del mismo criterio, existe una práctica reiterada de la Comisión, respaldada por la jurisprudencia de los tribunales comunitarios, que considera que una inyección de capital o recapitalización constituye una ayuda si no es llevada a cabo conforme al denominado criterio del inversor privado ya expuesto⁴⁴³. Esto es, si la inyección no responde a un interés comercial y si no se compensa con la adquisición de participaciones en el capital social de la empresa (equivalentes al capital inyectado por el Estado) o con una remuneración adecuada⁴⁴⁴.

y 1994 — Ayuda estatal C 45/98 (ex NN 45/97) (DO L 263, p. 1); Decisión de la Comisión, de 16 de diciembre de 2003, relativa al régimen de garantía para la financiación de buques — Alemania (N 512/03) (DO C 62, p. 3); y la Decisión 2006/599/CE de la Comisión, de 6 de abril de 2005, relativa al régimen de ayudas estatales que Italia tiene previsto ejecutar en favor del crédito naval (DO L 244, p. 17).

⁴⁴³ Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de los artículo 92 y 93 TFUE a las empresas públicas que operan en el sector de la fabricación (DO C 240, p. 36). Véanse también STJCE de 14 de noviembre de 1984, asunto 323/84, *NV Intermills c. Comisión*, p. 13 ; STJCE de 10 de julio de 1986, asunto 234/84, *Bélgica c. Comisión* ; STJCE de 21 de marzo de 1991, asunto 303/88, *Italia c. Comisión* ; STJCE de 21 de marzo de 1991, asunto 305/89, *Italia c. Comisión* ; STJCE de 14 de septiembre de 1994 en asuntos acumulados 278, 279 y 280/92, *España c. Comisión* ; y STJCE de 3 de julio de 2003, asunto 457/00, *Bélgica c. Comisión*.

⁴⁴⁴ V. BARTOSCH, A., « EC State aid law reviewing equity capital injections and loan grants by the public sector: a comparative analysis », *European Company Law Review*, vol. 21, 2011, p. 377.

iii. Tratamiento de activos depreciados

Por su parte, el tratamiento de activos depreciados es una medida relativamente novedosa y genuina de la presente crisis, aunque no por ello puede excluirse que pueda dar lugar a una ayuda en el sentido del Tratado.

Al igual que los anteriores instrumentos, el rescate de activos puede considerarse una ayuda estatal si reduce las cargas del banco beneficiario. En efecto, en principio, una institución financiera tiene que soportar la pérdida de valor de los activos deteriorados, cuyo montante corresponde a la diferencia entre el valor de mercado – virtualmente cero en el momento presente– y el valor atribuido en su balance. El rescate de dichos activos por parte del Estado permitiría a la institución financiera no registrar la pérdida correspondiente al activo deteriorado ni constituir una reserva para una posible pérdida por el deterioro del valor de sus activos. Por consiguiente, el capital reglamentario que debiera estar afectado a dicha pérdida puede ser destinado a otros usos. La ayuda de Estado correspondería a la diferencia entre el valor real del rescate y el valor de mercado. Cuanto mayor sea la necesidad de la institución financiera en cuestión, mayor será el valor real de rescate, que puede llegar incluso a compensar el valor del balance en su totalidad⁴⁴⁵.

⁴⁴⁵ En el contexto actual, sin embargo, la idea de la Comisión es que el valor de rescate sea el mínimo indispensable y que el banco responda con la diferencia entre el valor de balance y el valor de rescate. V. *infra* el apartado « Marco de orientación y evaluación sobre las ayudas a favor de las instituciones financieras ».

B. Régimen ordinario de intervención a favor de las empresas en dificultades

a) Base de compatibilidad con el mercado común y la noción de empresa en dificultades

No obstante lo dicho en el apartado anterior, el hecho de que las garantías, las recapitalizaciones y el rescate de activos deteriorados entren, en las circunstancias específicas del caso, en el ámbito del artículo 107, apartado 1, TFUE, no significa que no puedan ser declarados compatibles con el mercado común de acuerdo con el régimen ordinario de ayudas de Estado. Precisamente, ésa es la finalidad del artículo 107, apartado 3, TFUE, que establece una serie de supuestos en los que una ayuda determinada puede ser validada. En particular, la asistencia a las empresas en crisis, incluidas aquí las instituciones financieras⁴⁴⁶, se ha evaluado regularmente sobre la base del artículo 107, apartado 3, letra c), TFUE, que establece, en esencia, que podrán ser declaradas compatibles con el mercado común las ayudas que estén destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común.

⁴⁴⁶ Decisión de la Comisión de 26 de julio de 1995, por la que se aprobó condicionalmente la ayuda concedida por Francia al Banco *Crédit Lyonnais* (DO L 308, p. 92).

La Comisión ha desarrollado el contenido de esta disposición mediante las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis (en adelante, « Directrices sobre ayudas de salvamento y reestructuración »)⁴⁴⁷. Estas directrices establecen los criterios que tradicionalmente fueron aplicados antes de la adopción del régimen de excepción que más adelante examinaremos y a los que la Comisión tiene por objetivo retornar una vez pasada la presente coyuntura. Conforme a estas directrices, son empresas en crisis –o en dificultades– aquellas que se muestran incapaces, mediante sus propios recursos financieros o con los que están dispuestos a inyectarle sus accionistas y acreedores, de enjugar pérdidas que la conducirán, de no mediar una intervención exterior, a su desaparición económica casi segura a corto o medio plazo⁴⁴⁸.

⁴⁴⁷ DO C 244, p. 2. Estas directrices expiran, según el propio documento, el 9 de octubre de 2009. La Comisión estudia en estos momentos posponer esta fecha hasta el 9 de octubre de 2012 debido a la gran experiencia ganada, a los buenos resultados que han procurado y a la necesidad de velar por la seguridad jurídica durante la crisis. V. HANKIN, R., « New developments on industrial restructuring », 7th Experts' forum on new developments in European State Aid Law 2009 (European State Aid Law Institute), Bruselas, 14 y 15 de mayo, p. 31.

⁴⁴⁸ En particular, pueden ser consideradas como *empresas en crisis* las sociedades de responsabilidad limitada, cuando más de la mitad de su capital haya desaparecido y más de un cuarto del capital se haya perdido durante los doce últimos meses; las sociedades de responsabilidad ilimitada, cuando más de la mitad de sus fondos hayan desaparecido y más de una cuarta parte se haya perdido durante los doce últimos meses; y todas las sociedades que cumplan las condiciones de insolvencia previstas en el Derecho nacional. Por su parte, las empresas de nueva creación no son elegibles para entrar en esta categoría, ni tampoco las filiales de grandes grupos. V. las Directrices sobre ayudas de salvamento y reestructuración, precitadas, pp. 9-12.

b) Ayudas de salvamento y ayudas a la reestructuración

Para las empresas en crisis se encuentran previstos dos tipos de ayudas: las ayudas de salvamento y las ayudas a la reestructuración. Ambos tipos de ayuda deben ser notificadas a la Comisión, la cual llevará a cabo una evaluación individual de cada caso. Igualmente, aunque las ayudas de salvamento y de reestructuración responden a mecanismos distintos, son a menudo dos etapas de una sola operación⁴⁴⁹.

En sustancia, las ayudas de salvamento pretenden ser una medida temporal y transitoria de urgencia, que cuenta por lo general con la aprobación de la Comisión, y que se corresponde con los recursos mínimos necesarios para mantener a flote una empresa mientras un proyecto de reestructuración o liquidación está siendo discutido⁴⁵⁰. Generalmente se articulan a través de préstamos o garantías sobre préstamos y no pueden tener una duración superior a los seis meses. Si un plan de reestructuración o liquidación no es adoptado en ese periodo, la ayuda debe ser devuelta.

Por su parte, las ayudas a la reestructuración deben estar basadas en un plan coherente respaldado por la Comisión que ha de permitir a la empresa en cuestión retornar a la viabilidad en el largo plazo. La ayuda se limita al mínimo indispensable para acometer esta función, lo cual significa que la ayuda no debe procurar excesiva

⁴⁴⁹ Directrices sobre ayudas de salvamento y reestructuración, precitadas, p. 14.

⁴⁵⁰ Directrices sobre ayudas de salvamento y reestructuración, precitadas, p. 15 y siguientes.

liquidez a la empresa ni tampoco financiar inversiones que no sean esenciales para la viabilidad futura de la empresa. Para evitar distorsiones en la competencia, debe haber igualmente una contribución real por parte del beneficiario⁴⁵¹ y contrapartidas suficientes para los competidores. He aquí donde se encuentra el coste de las ayudas a la reestructuración y el desincentivo para los denominados free riders. La contribución se corresponde habitualmente con una remuneración parcial por la ayuda recibida, una reducción de su capacidad o presencia de mercado y/o una desinversión de sus activos. Por lo general, la venta de los activos que precisamente generaban pérdidas no suelen ser considerados medidas compensatorias. La Comisión se encarga de llevar a cabo el control de la transposición y del desarrollo del plan de viabilidad y se muestra ciertamente rigurosa al respecto.

c) El principio de oportunidad única

Tradicionalmente, se ha concebido que las ayudas de salvamento y reestructuración a favor de las empresas en crisis falsean gravemente la competencia⁴⁵², por lo que han de ser una excepción y no una norma.

Por ello, la concesión de este tipo de ayudas responde al principio de oportunidad o ayuda única. Ello significa que una empresa no puede solicitar una ayuda de salvamento o reestructuración en un periodo de diez años, partiendo de que una

⁴⁵¹ Directrices sobre ayudas de salvamento y reestructuración, precitadas, p. 38 y siguientes.

⁴⁵² Directrices sobre ayudas de salvamento y reestructuración, precitadas, p. 4.

ayuda de salvamento a la cual sigue una ayuda de reestructuración constituye una sola operación. Sólo una ayuda de salvamento que no hubiese sido complementada seguidamente con una ayuda a la reestructuración puede solicitar una ayuda de este tipo después de más de cinco años siempre que las causas que llevan a esta solicitud no hubieran podido ser previstas. Se pretende cumplir así con uno de los objetivos de esta área particular del régimen europeo de ayudas de Estado que es el de evitar la sobrecapacidad artificial en el mercado de empresas ineficaces.

Finalmente, cabe destacar que las Directrices sobre ayudas de salvamento y reestructuración publicadas por la Comisión en 2004 supusieron un endurecimiento de las condiciones para declarar la compatibilidad de la ayuda respecto de las anteriores de 1999. Este aspecto resulta relevante por lo que posteriormente exponíamos respecto al marco de orientación y evaluación de ayudas a favor de las instituciones financieras. En efecto, tal y como sostienen algunos autores, este último ha supuesto un retroceso en la política comunitaria de competencia en el ámbito de las ayudas a favor de empresas en dificultades incluso respecto a las primeras Directrices livianas de 1999, fundamentalmente en relación a aspectos tan sensibles como es el principio de oportunidad única⁴⁵³.

⁴⁵³ D'SA, R. M., « Instant State Aid Law in a Financial Crisis: A U-Turn? », *European State Aid Law*, vol. 8, nº 2, 2009.

3. EL MARCO DE ORIENTACIÓN Y DE EVALUACIÓN SOBRE LAS AYUDAS ADOPTADAS A FAVOR DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS

A. La nueva base de compatibilidad: el artículo 107, apartado 3, letra b), TFUE

a) La necesidad de una « grave perturbación económica »

En un estadio inicial, la Comisión aplicó las Directrices sobre ayudas de salvamento y reestructuración descritas anteriormente a los primeros casos de insolvencia de instituciones financieras. Fueron las decisiones relativas a los bancos Northern Rock, WestLB, Sacasen LB, Roskilde Bank A/S, Bradford&Bingley y Hypo Real Estate Holding AG⁴⁵⁴. Sin embargo, pronto fue consciente de que un gran número de planes de ayudas, necesarios para evitar el colapso de numerosas entidades de crédito, no podían ser declarados compatibles con el mercado común conforme a las condiciones y los límites temporales previstos en tales Directrices.

La Comisión tuvo, por ello, que recurrir a otra base de compatibilidad del Tratado, en concreto el artículo 107, apartado 3, letra b). Esta disposición establece que « podrán ser declaradas compatibles con el mercado común las ayudas dirigidas a

⁴⁵⁴ V. *infra* el epígrafe titulado « Balance de las ayudas concedidas al sector financiero a la luz de la práctica de la Comisión ».

poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro ». Para dar contenido a esta disposición, la Comisión ha adoptado, entre octubre de 2008 y julio de 2009, el marco de orientación y de evaluación sobre las ayudas acordadas en favor de las instituciones financieras, compuesto por la Comunicación Bancaria, la Comunicación Recapitalización, la Comunicación Tratamiento de Activos Deteriorados y la Comunicación Reestructuración. El contenido de estas comunicaciones es analizado más adelante.

Ha de señalarse que es la primera vez que la Comisión emplea el artículo 107, apartado 3, letra b), TFUE de manera sistemática para declarar la compatibilidad con el mercado común de medidas públicas de ayuda. En el pasado, esta disposición había sido solamente utilizada en una ocasión para permitir las ayudas de los Estados miembros dirigidas a proteger el empleo en el contexto de la crisis de mediados de los años 70 y en otro caso puntual de perturbación de la economía griega en 1986⁴⁵⁵. Más aún, recientemente, la Comisión rechazó incluso la utilización de esta base de compatibilidad en la decisión Northern Rock de diciembre de 2007⁴⁵⁶.

⁴⁵⁵ EDITORIAL BOARD, « Weathering through the credit crisis: Is the Community equipped to deal with it? », *Common Market Law Review*, nº 46, 2009, pp. 3-12. V. la Decisión de la Comisión de 7 de octubre de 1987 (DO L 76, p. 18). Cfr. Decisión de la Comisión de 23 de julio de 1968 (DO C 178, p. 15), relativa a las ayudas a la exportación francesas destinadas a remediar sus desequilibrios en la balanza de pagos derivados de los sucesos de mayo de 1968.

⁴⁵⁶ V. *infra* el epígrafe titulado « Balance de las ayudas concedidas al sector financiero a la luz de la práctica de la Comisión ».

El cambio de política jurídica por parte de la Comisión no puede ser explicado más que por referencia a la consideración singular que merece el sector financiero de la Unión Europea y el temor que inspira su carácter sistémico. En este sentido, la Comisión ha enfatizado que el uso del artículo 107, apartado 3, letra b), TFUE, tal y como se articula en las comunicaciones señaladas, no puede ser trasladado a título de principio a la situación de crisis que experimenten otros sectores de la economía. Solamente la existencia de un riesgo sistémico comparable al del sector financiero, capaz de afectar al conjunto de la economía real de un Estado miembro, justifica su aplicación⁴⁵⁷. La Comisión ha destacado, además, que la interpretación de la expresión « perturbación seria de la economía de un Estado miembro » ha de ser restrictiva de conformidad con la jurisprudencia de los tribunales comunitarios en esta materia⁴⁵⁸.

Por lo que se refiere al carácter sistémico del sector financiero, cabe señalar que, en verdad, se trata de una cualidad que le diferencia de otros sectores. En la actualidad,

⁴⁵⁷ Comunicación Bancaria, precitada, p. 11. Cabe pensar en el sector automovilístico a la luz de la Comunicación de la Comisión de 25 de febrero de 2009, « Responding to the crisis in the European automotive industry », COM(2009) 104 final. V. también la Comunicación Reestructuración, precitada, p. 2. Conclusiones del Consejo europeo de 15 y 16 de octubre de 2008, precitadas, p. 5, en las que se destacaba que en las « excepcionales situaciones actuales, la aplicación de las normas europeas debe seguir respondiendo a la exigencia de una actuación rápida y flexible ».

⁴⁵⁸ Cabe señalar que, de conformidad con la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia, al tratarse de una norma excepcional, la interpretación de estos supuestos ha de ser estricta, de modo que no puede ser aplicada mediante una interpretación extensiva. V., a modo de ilustración, la STG de 15 de diciembre de 1999, asuntos acumulados 132/96 y 143/96, *Resitaat Sachsen and Volkswagen AG c. Comisión*, § 167.

se manifiesta, entre otros aspectos, en que la crisis financiera ha afectado no ya solamente a instituciones financieras estructuralmente ineficientes, sino también a instituciones financieras que, en condiciones ordinarias de mercado, se mostraban como sustancialmente sólidas⁴⁵⁹. Esta circunstancia viene determinada por el elevado grado de reciprocidad al que se encuentran expuestas tales instituciones, que implica que las pérdidas generadas por unas son fácilmente trasladables a otras, ya sea de manera directa o de manera indirecta, esto es, a través de la contracción de la oferta de préstamos interbancarios, de garantías, de líneas de crédito o de seguros contra riesgos del crédito. Además, en la medida en que las instituciones financieras tienen por función solicitar dinero en el corto plazo en el mercado interbancario para prestarlo en el largo plazo en el mercado al por menor, se muestran especialmente sensibles a la confianza en los mercados. La erosión de esta confianza o el contagio meramente reputacional puede dar lugar, sin fundamento económico aparente, a la caída de instituciones financieras con expectativas de viabilidad sólidas.

⁴⁵⁹ La Comisión se ha expresado a este respecto en los siguientes términos:

*« Markets in which banks operate are subject to systemic risk due to the massive negative externalities that a bank failure, or its anticipation, generates on competitors and the economy at large. Indeed, while the failure of an ordinary firm normally tends to favour its competitors and potentially even strengthens the economy as a whole by removing an inefficient player, a bank failure may weaken its competitors and negatively affects the financial markets in which they interact. [...] The social costs of a bank failure are relatively large and largely exceed the private costs. Banks can be deemed too big to fail, too interconnected to fail or too complicated to fail. Such banks are referred to as systemically important financial institutions (SIFIs). No other sector is characterised to the same extent by the presence of such institutions, which also lead the sector to enjoy implicit government guarantees, i.e. it benefits from the perception by investors that governments would intervene should the banks come into difficulties »*⁴⁵⁹ (en inglés, subrayado propio).

b) Flexibilidad en los medios, rigor en los principios

- i. La búsqueda de un punto de equilibrio entre competencia y estabilidad financiera

El cambio de base jurídica adoptado por la Comisión ha provocado una firme reacción por parte de quienes consideran que la utilización del artículo 107, apartado 3, letra b), TFUE, supone un retroceso en la política de competencia relativa a la reestructuración de empresas en dificultad⁴⁶⁰. No obstante, la Comisión ha insistido en que las ayudas de las que son beneficiarias las instituciones financieras en la coyuntura actual no están dirigidas a ellas a título individual, sino que son un medio para restaurar, en última instancia, la estabilidad económica de los propios Estados miembros⁴⁶¹ y para evitar que las repercusiones del fracaso potencial de una institución financiera sistémicamente relevante traben el flujo del crédito y exacerben más la crisis⁴⁶².

⁴⁶⁰ Por otro lado, se pone el acento sobre el hecho de que los bancos y las demás instituciones financieras están siendo excesivamente bien tratados, lo cual contrasta con la falta de consideración mostrada en el pasado hacia sectores igualmente sensibles socialmente. Por lo que concierne a España, es preciso destacar los asuntos relativos a la reestructuración de los astilleros.

⁴⁶¹ Comunicación Bancaria, precitada, pp. 1-4 y 9. V. el Informe de la Comisión de 8 de abril de 2009, precitado, p. 18.

⁴⁶² Comunicación Recapitalización, precitada, p. 3, donde la Comisión afirma lo siguiente: « [...] en algunos Estados miembros el objetivo principal de la recapitalización de los bancos no es tanto proceder a un rescate sino garantizar la concesión préstamos a la economía real ».

Por otro lado, cabe destacar que el nuevo marco publicado por la Comisión se inspira en su conjunto en los principios de las Directrices sobre ayudas de salvamento y reestructuración. Éstos son, en definitiva, los criterios que ha tenido ordinariamente como referencia la institución europea a los fines de evaluar las ayudas a las empresas en dificultad, incluidas aquí las entidades bancarias⁴⁶³. Son además los criterios de los que disponía cuando comenzaron a sucederse los primeros casos de ayudas a favor de instituciones financieras.

Ahora bien, la utilización de la nueva base de compatibilidad supone la aplicación de dichos principios de manera más flexible.

En primer lugar, porque el artículo 107, apartado 3, letra b), TFUE, permite adoptar medidas de ayuda que no habrían sido autorizadas bajo las normas anteriores a la crisis⁴⁶⁴. Ello es debido a que, tal y como ha mostrado la práctica posterior de la

⁴⁶³ Decisión de la Comisión de 26 de julio de 1995, por la que se aprobaron condicionalmente la ayuda concedida por Francia al Banco *Crédit Lyonnais* (DO L 308, p. 92).

⁴⁶⁴ Cfr. EUROPEAN COMMISSION, « The effects of temporary State aid rules adopted in the context of the financial and economic crisis », Commission Staff Working Paper, SEC(2011) 1126 final, octubre 2011, p. 9, donde la Comisión afirma lo siguiente: « *The temporary and extraordinary State aid rules that the Commission put in place from October 2008, although unique in a legal sense, did not entail any significant departure from the general State aid rules* ». Sin embargo, más adelante, en este mismo documento, la Comisión sostiene que « *[w]hilst State aid control by the Commission could not entirely avoid distortions of competition caused by State aid to financial institutions, letting banks of systemic importance fail was to be prevented* » (subrayado propio). En la Comunicación Bancaria, precitada, en

Comisión⁴⁶⁵, la aplicación de esta base de compatibilidad no lleva consigo la adopción de medidas estructurales compensatorias tan rigurosas como las exigidas en el marco de las Directrices sobre ayudas de salvamento y reestructuración. En segundo lugar, la nueva base jurídica permite excepcionalmente y con carácter urgente ayudar a las instituciones financieras para proteger a sus acreedores, particularmente a depositantes y otras instituciones del sector particularmente relevantes en el contexto de la crisis. En tercer lugar, admite un ámbito temporal de aplicación de las medidas mucho más amplio que el de las Directrices⁴⁶⁶. A este último respecto, cabe destacar que, frente a los seis meses en que ordinariamente la ayuda de salvamento había de ser reembolsada al Estado miembro otorgante de la ayuda, en el marco actual de crisis la devolución por parte de las instituciones financieras beneficiarias del sostén público se ha prolongado incluso a los dos años, con posibilidad de prórroga⁴⁶⁷.

No obstante lo anterior, la búsqueda de una base de compatibilidad diferente y más flexible en el sentido expuesto, no ha impedido a la Comisión identificar con acierto

cualquier caso, la Comisión afirma que *«las circunstancias actuales pueden permitir la aprobación de medidas excepcionales tales como intervenciones estructurales de urgencia, protección de derechos de terceros (por ejemplo, acreedores), y medidas de rescate que potencialmente pueden superar los 6 meses»*.

⁴⁶⁵ V. *infra* el epígrafe titulado « Balance de las ayudas concedidas al sector financiero a la luz de la práctica de la Comisión » y la nota de prensa MEMO/07/545 de 5 de diciembre de 2007.

⁴⁶⁶ Comunicación Bancaria, precitada, p. 10.

⁴⁶⁷ NICOLAIDES, P., « Rescue and Restructuring Aid: A brief Assessment of the Principal provisions of the guidelines », European State Aid Law, vol. 4, nº 1, 2004, pp. 27-34.

los riesgos que plantean las intervenciones de los Estados miembros sobre la competencia en el mercado interior y elaborar, en consecuencia, un listado de principios cuyo objetivo basilar es el de disciplinar el acceso a los fondos públicos por parte de las instituciones financieras.

Estos dos últimos aspectos son ciertamente significativos por cuanto ponen en evidencia que, cuando menos a título programático, la Comisión no ha dejado de lado, tal y como ha ocurrido a nivel nacional en otros ámbitos⁴⁶⁸, consideraciones ligadas a la defensa de la competencia a la hora de evaluar la compatibilidad con el mercado común de las operaciones de rescate a las instituciones financieras europeas.

La Comisión ha expresado esto último en los siguientes términos:

« [...] es preciso lograr un equilibrio entre [...] aspectos relativos a la competencia y los objetivos de restaurar la estabilidad financiera, garantizar la concesión de préstamos a la economía real y afrontar el riesgo de insolvencia. Por un lado, las condiciones a las que los bancos puedan acceder al

⁴⁶⁸ V. *infra* el epígrafe « La estabilidad financiera como motivo de interés público » (capítulo sexto), donde se constata que las autoridades británicas han autorizado ciertas operaciones de concentración en el sector financiero a la luz de consideraciones exclusivamente ligadas a la estabilidad financiera, dejando de lado, por tanto, evaluaciones relativas a la distorsión en la competencia.

capital deben ser lo suficientemente favorables para que la recapitalización tenga la eficacia necesaria. Por otro, las condiciones vinculadas a cualquier medida de [ayuda] deben garantizar la igualdad de condiciones y, a más largo plazo, el restablecimiento de las condiciones normales de mercado. Por lo tanto, las intervenciones públicas deben ser temporales y proporcionales y estar concebidas de manera que incentiven a los bancos a reembolsar al Estado tan pronto como lo permitan las circunstancias del mercado, para que de la crisis pueda emerger un sector bancario europeo competitivo y eficiente »⁴⁶⁹.

En esencia, la idea que se desprende de la citación anterior es que, a pesar de la mayor admisibilidad de planes de ayuda en la coyuntura actual de crisis, la Comisión no ha cejado en el empeño de garantizar que las ayudas recibidas no resulten gratuitas para los beneficiarios de los fondos públicos y de que tales ayudas no sean autorizadas al coste de afectar a la competencia. De modo que hay que considerar que, si bien la Comisión se muestra flexible respecto a los medios que han de permitir intervenir en favor de las instituciones financieras en dificultades, esta institución ha igualmente tomado conciencia de que su evaluación ha de llevarse a cabo con rigor en línea con los principios sustantivos que se desprenden del régimen ordinario de ayudas de Estado previsto en el Tratado.

⁴⁶⁹ Comunicación Recapitalización, p. 11.

ii. Identificación de los riesgos sobre la competencia

Por lo que se refiere a los riesgos sobre la competencia, la Comisión ha considerado que éstos se proyectan sobre los tres planos siguientes⁴⁷⁰: en primer lugar, sobre el plano de los Estados miembros; en segundo lugar, sobre el plano de las instituciones financieras sólidas y las instituciones estructuralmente ineficientes; y, en tercer lugar, sobre el plano de las instituciones financieras que acuden a la financiación pública y las instituciones financieras que recurren a la financiación privada. La toma en consideración de cada uno de ellos ha sido relevante a la hora de determinar tanto los objetivos del marco de desarrollo del artículo 107, apartado 3, letra b), TFUE, como su configuración final.

Tratándose del primer plano, la Comisión ha velado, en particular, por que las instituciones financieras de un Estado miembro no se vean beneficiadas o perjudicadas respecto de las de otros y por que los Estados miembros mantengan un planteamiento coherente y coordinado en aras de preservar la igualdad de condiciones en todo el territorio comunitario. Se pretende así evitar la fragmentación del mercado interior, dado que, según la Comisión, tener acceso a capital a tipos

⁴⁷⁰ Cfr. Comunicación Recapitalización, p. 19. La Comisión se refiere en esta comunicación fundamentalmente al instrumento de las recapitalizaciones. Sin embargo, esta observación es susceptible de ser aplicada a los otros instrumentos de intervención de los Estados, como son las garantías o el tratamiento de activos deteriorados. V. URÍA, F., « Crisis financiera, mecanismos de apoyo a las entidades de crédito en dificultades y derecho de la competencia », Estabilidad Financiera (Banco de España), nº 18, 2009, p. 93

inferiores que los competidores de otros Estados miembros, sin una justificación adecuada basada en el riesgo, incidiría en la posición competitiva de las entidades del sector financiero que intervienen en el conjunto del mercado único europeo. Una actuación unilateral y descoordinada en este ámbito por parte de los Estados miembros podría, de la misma manera, socavar los esfuerzos invertidos para restaurar la estabilidad financiera⁴⁷¹.

Tratándose del segundo plano, la Comisión se ha esforzado por que, a la hora de evaluar las solicitudes de ayudas por parte de las instituciones financieras que acuden a la financiación pública, la situación de mercado, el perfil de riesgo y el nivel de solvencia de estas instituciones financieras sean tenidas debidamente en cuenta a la hora de proceder a una ayuda financiera⁴⁷². Según la Comisión, siguiendo a este respecto las recomendaciones del Banco Central Europeo, aquellos bancos con un perfil de riesgo más arriesgado y menos eficaces deben ser diferenciados de los bancos sólidos y más eficaces y, en consecuencia, han de pagar más por la ayuda obtenida⁴⁷³. Ello ha de evitar el falseamiento de la competencia en el mercado, la distorsión de los incentivos, el incremento del riesgo moral y la competitividad general de los bancos europeos⁴⁷⁴.

⁴⁷¹ Comunicación Recapitalización, precitada, p. 8.

⁴⁷² Comunicación Recapitalización, precitada, p. 19.

⁴⁷³ V. el Anexo 1 de la Comunicación Recapitalización, precitada.

⁴⁷⁴ Comunicación Recapitalización, precitada, p. 9.

Por último, tratándose del tercer plano, destinado a garantizar el restablecimiento del funcionamiento normal del mercado, la Comisión ha querido mostrarse en todo momento atenta respecto del hecho de que los Estados miembros no ofrezcan subvenciones demasiado cuantiosas a las instituciones financieras en dificultades a fin de no discriminar y desincentivar a las instituciones financieras que, todavía en la actualidad, acuden al mercado privado de financiación⁴⁷⁵.

iii. Los principios basilares del nuevo marco

A la luz de los tres fundamentos anteriores, la Comisión ha identificado una serie de principios cuyo objetivo fundamental es el de salvaguardar la igualdad de condiciones de competencia en el mercado y el de evitar el riesgo moral de las ayudas públicas concedidas a las instituciones financieras en crisis. Siendo consciente de que cada medida de ayuda tiene efectos competitivos acumulativos en cada uno de estos tres planos, la Comisión ha querido lograr un equilibrio entre ellos. Tales principios son articulados posteriormente a través de una serie de medidas que la propia institución ha detallado en sus comunicaciones haciendo especial referencia a cada uno de los instrumentos de ayuda indicados anteriormente. La lista de principios elaborada por la Comisión es la siguiente⁴⁷⁶:

⁴⁷⁵ Comunicación Recapitalización, precitada, p. 10.

⁴⁷⁶ Comunicación Bancaria, precitada, p. 15. V. también EUROPEAN COMMISSION, precitado, pp. 25-26.

(1) *Principio de necesidad.* La ayuda de Estado ha de mostrarse imprescindible para la viabilidad de la institución financiera beneficiaria. Las medidas generales de apoyo deben estar bien enfocadas, a fin de poder lograr eficazmente el objetivo de solucionar la perturbación grave de la economía.

(2) *Principio de proporcionalidad.* El sustento público ha de definirse claramente y limitarse en su ámbito a lo estrictamente necesario para hacer frente a la crisis financiera, dejando de lado beneficios injustificados para los accionistas de las instituciones financieras ayudadas a expensas del contribuyente. En este sentido, han de ser proporcionales al problema en cuestión y no ir más allá de lo estrictamente requerido para lograr el resultado buscado.

(3) *Principio de no discriminación.* El acceso a las ayudas ha de respetar el principio de no discriminación de manera que pueda protegerse el funcionamiento del mercado único asegurando que la elegibilidad de las instituciones financieras beneficiarias de ayuda no se encuentre basada en la nacionalidad.

(4) *Principio « behavioural constraints ».* La ayuda ha de estar condicionada a limitaciones del comportamiento de la institución beneficiaria al objeto de evitar el abuso del sustento público. A modo de ilustración, la entidad beneficiaria de la ayuda pública no ha de poder utilizar los fondos públicos para llevar a cabo campañas de publicidad o iniciar una expansión agresiva apoyada en el sustento estatal.

(5) *Principio « burden-sharing »*. La ayuda concedida deberá ser correspondida por una contribución apropiada por parte del beneficiario mediante la cobertura de, al menos, una parte significativa de su coste. Este coste de la ayuda ha de verse reflejado en el precio que deberá pagar el beneficiario al Estado miembro por la ayuda. Estas medidas podrán consistir en la dilución del capital o en el establecimiento de limitaciones en el dividendo y limitaciones en los *bonus* y *stock options*.

(6) *Principio de reestructuración*. Al objeto de asegurar la viabilidad de las instituciones financieras beneficiarias de ayuda en el largo plazo, es necesario someterlas a un proceso de reestructuración cuyo grado dependerá del carácter esencialmente sólido o ineficaz de la institución financiera en cuestión, con arreglo a los elementos que examinamos a continuación

c) La frontera entre el antiguo y el nuevo régimen de ayudas a las instituciones financieras en dificultades

- i. Ámbito subjetivo de aplicación: el concepto de empresas
« esencialmente sólidas »

Con ocasión de la publicación de la primera comunicación de la Comisión, ésta es, la Comunicación Bancaria, un aspecto rigurosamente criticado fue el relativo a su ámbito subjetivo de aplicación. En particular, la relación entre el régimen de

« excepción » adoptado sobre la base del artículo 107, apartado 3, letra b), TFUE y el régimen « tradicional » relativo al artículo 107, apartado 3, letra c), TFUE, no resultaba clara a la luz de las comunicaciones de la Comisión⁴⁷⁷.

La crítica precedente se asentaba, a su vez, en la distinción establecida en un primer momento por la Comisión entre instituciones de relevancia sistémica y no sistémica⁴⁷⁸. Mediante esta distinción, la institución europea parecía dar a entender que las condiciones de declaración de compatibilidad de ayuda basada en el artículo 107, apartado 3, letra b), TFUE, habían de reservarse de manera exclusiva a las entidades financieras sistémicamente relevantes⁴⁷⁹. Sin embargo, la práctica posterior de la Comisión demostró la falta de rigor a la hora de aplicar la distinción señalada dado que, entre otros aspectos, fundamentó, en esta base jurídica de compatibilidad, el rescate de bancos tales como el *Roskilde Bank*, que es el octavo banco de Dinamarca⁴⁸⁰.

Las dudas suscitadas sobre dónde se encontraba la frontera entre la aplicación del antiguo y del nuevo régimen de ayudas de Estado a las empresas en dificultades

⁴⁷⁷ D'SA, R. M., precitado, p. 141.

⁴⁷⁸ Comunicación Recapitalización, precitada, p. 21 y siguientes. Cfr. Comunicación Bancaria, precitada, p. 3.

⁴⁷⁹ LUJA, R., « State Aid and the Financial Crisis: Overview of the Crisis framework », European State Aid Law, vol. 8, nº 2, 2009, p. 147. V., a este respecto, la declaración del gobierno belga con ocasión de la insolvencia de Dexia en la Decisión NN 49/2008, de 19 de noviembre de 2008, p. 48, y la nota de prensa IP/08/1745 de 20 de noviembre de 2008.

⁴⁸⁰ Decisión NN39/2008, de 5 de noviembre de 2008, p. 56.

obligaron a la Comisión a establecer con mayor rigor una nueva distinción que se mantendría presente en el resto de comunicaciones que componen el marco normativo de excepción diseñado por la Comisión. Dicha distinción trata de diferenciar entre « *fundamentally sound financial entities* » y « *distress banks* »⁴⁸¹. Las primeras son instituciones financieras esencialmente sólidas, es decir, aquellas cuyos problemas de viabilidad son intrínsecamente exógenos y están relacionados con la actual situación extrema de falta de liquidez del mercado financiero y no con la ineficacia o la asunción de riesgos excesivos. Las segundas son instituciones financieras con problemas endógenos y estructurales anteriores derivados de la ineficacia, la mala gestión de activos y obligaciones o de sus estrategias excesivamente arriesgadas.

Cabe señalar que, a pesar de los esfuerzos de la Comisión por distinguir entre uno y otro tipo de institución financiera, no han podido evitarse en la práctica los dos problemas siguientes.

⁴⁸¹ Comunicación Bancaria, precitada, pp. 2 y 14. V. también la Comunicación Reestructuración y la diferencia que allí se detalla entre las reestructuraciones « de menor importancia » y las reestructuraciones de « gran envergadura ». Se ha señalado que, a pesar de la importancia de esta distinción, la Comunicaciones de la Comisión de 13 de octubre de 2008 no precisaba qué autoridad nacional o europeo podría certificar que una entidad tenía o no la condición de « esencialmente sólida », por lo que, en realidad, no existía ningún requisito objetivo ni se definía ningún procedimiento para la determinación de las entidades que tenían la cualidad de solventes. V., en este sentido, URÍA, F., precitado, p. 93.

El primero sigue consistiendo en la cuestión de determinar qué institución financiera fue diligente y cuál no fue excesivamente arriesgada en su estrategia de negocios a los fines de someterla a un mayor o menor grado de severidad en la reestructuración. A este respecto, es importante destacar que parte del problema de la crisis ha derivado justamente del hecho de que muchos bancos no fueron completamente conscientes en los últimos años de su exposición al mercado hipotecario *subprime* norteamericano debido a su naturaleza enmascarada⁴⁸². El segundo problema radica en el hecho de que la Comunicación Bancaria de la Comisión no establecía si habían de ser las autoridades nacionales o las autoridades europeas las que habrían de certificar la condición de eficiente o ineficiente de las instituciones que solicitaran la ayuda pública⁴⁸³.

Las dos circunstancias precedentes han llevado en un momento ulterior a la Comisión a intentar objetivar dicha distinción a través de una serie de criterios de mayor precisión. Éstos han sido incluidos fundamentalmente en la Comunicación Recapitalización y están dirigidos, esencialmente, a orientar la evaluación del perfil de riesgo de las entidades financieras que acuden a la financiación pública. Entre los indicadores establecidos por la Comisión a estos fines destacan los siguientes⁴⁸⁴:

⁴⁸² LUJA, R., precitado.

⁴⁸³ Comunicación Recapitalización, precitada, p. 14. URÍA, F., precitado, p. 93.

⁴⁸⁴ URÍA, F., precitado, p. 94.

(1) *Adecuación del capital*: Será valorada positivamente la evaluación de la solvencia del banco y la futura adecuación de su capital con arreglo a una revisión efectuada por la autoridad de supervisión nacional. Dicha revisión ha de tener en cuenta la exposición del banco a riesgos tales como el riesgo de crédito, el riesgo de liquidez, el riesgo de mercado, el riesgo de tipo de interés y tipo de cambio, así como la calidad de la cartera de activos, la sostenibilidad de su modelo de negocio a largo plazo y otros elementos pertinentes;

(2) *Dimensión de la recapitalización*: La Comisión valorará positivamente también las recapitalizaciones de dimensión limitada, por ejemplo que no excedan del 2 % de los activos ponderados por riesgo del banco;

(3) *Diferenciales actuales de permutas financieras por impago crediticio*: la Comisión considerará un diferencial igual o inferior a la media un indicador de un perfil de riesgo menor;

(4) *Calificación actual del banco y perspectivas al respecto*: la Comisión con una calificación A o superior y una perspectiva estable o positiva un indicador de un perfil de riesgo menor⁴⁸⁵

⁴⁸⁵ Estos criterios objetivos han sido establecidos por el Banco Central Europeo en los meses anteriores, plasmada en las Recomendaciones adoptadas por su Consejo de Gobierno de 20 de noviembre de 2008. V. el apartado titulado « Indicadores para la evaluación del perfil de riesgo de un banco » de la Comunicación Recapitalización, precitada, anexo I.

ii. Mayor riesgo, mayor precio

La distinción entre instituciones esencialmente sólidas y no esencialmente sólidas no es una mera formalidad. Resulta ser elemental para la comprensión del régimen de excepción diseñado por la Comisión. La manera de evaluar los instrumentos de ayuda a las instituciones financieras en el contexto de la actual crisis, éstos son, garantías, recapitalización, tratamiento de activos deteriorados y reestructuración, parte fundamentalmente de ella.

El sentido de esta distinción se encuentra en que, aun previendo la posibilidad de que ambos tipos de instituciones puedan ser ayudados con fondos públicos, había de disponerse consecuencias diferentes para uno y otro tipo de institución financiera. Esto último concierne tanto al grado de reestructuración que tales instituciones deben acometer como complemento de las ayudas como al nivel de recuperación de los fondos públicos obtenidos que les será exigido en el futuro.

En esencia, las instituciones con problemas endógenos o estructurales han de ser sometidas, según el criterio de la Comisión, a condiciones más severas que las instituciones que se ven puntualmente en apuros por circunstancias ajenas a su gestión o de su modelo de negocios⁴⁸⁶. El precio, por tanto, de la ayuda (o el índice

⁴⁸⁶ Comunicación Bancaria, precitada, p. 14. La Comisión dispone en esta comunicación lo siguiente: « *Problemas de viabilidad son intrínsecamente exógenos y están relacionados con la actual situación extrema del mercado financiero y no con la ineficacia o la asunción de riesgos excesivos. Como consecuencia, las distorsiones de la competencia resultantes de regímenes que*

de remuneración) ha de ser mayor para quienes parten de problemas estructurales y para aquéllos que tomaron riesgos excesivos antes del desencadenamiento de la crisis. Esto último es lo que el comisario europeo de Competencia ha convenido en denominar principio « no money for gamblers »⁴⁸⁷. A su vez, a la hora de establecer regímenes de recapitalización a los que puedan acogerse distintas instituciones bancas, los Estados miembros deben considerar cuidadosamente los criterios de acceso y el trato dado a aquéllos con perfiles de riesgo diferentes y basarse en estos para diferenciar el trato otorgado⁴⁸⁸. La Comisión ha expresado esto último en los siguientes términos:

« [c]uando los bancos compiten en función de los méritos de sus productos y servicios, aquellos que acumulan un riesgo excesivo o dependen de modelos empresariales insostenibles acaban perdiendo cuota de mercado y hasta es posible que salgan del mercado, mientras que sus competidores más eficientes se expanden o entran en los mismos mercados. La ayuda estatal prolonga falseamientos pasados de la competencia creados por una asunción excesiva de riesgos y por modelos

apoyen la viabilidad de tales instituciones serán más limitadas y requerirán normalmente una reestructuración menos importante. Por el contrario, otras instituciones financieras que puedan verse especialmente afectadas por pérdidas derivadas por ejemplo de la ineficacia, la mala gestión de activos y obligaciones o estrategias arriesgadas, encajarían en el marco normal de las ayudas de salvamento, y necesitarían una reestructuración de gran envergadura, así como medidas compensatorias destinadas a limitar las distorsiones de la competencia ».

⁴⁸⁷ Con estas palabras se refería el Comisario de la competencia en su discurso de 4 de noviembre de 2011 ante la European Banking Federation, precitado.

⁴⁸⁸ Comunicación Recapitalización, precitada, p. 13.

empresariales insostenibles al apoyar artificialmente el poder de mercado de los beneficiarios »⁴⁸⁹.

En otros términos, la idea que subyace al planteamiento de la Comisión es que las distorsiones en la competencia resultantes de los regímenes que apoyen la viabilidad de las instituciones financieras esencialmente sólidas serán más limitadas y requerirán por ello un menor precio y una reestructuración menor. Por el contrario, las ayudas de Estado dirigidas a las instituciones financieras que puedan verse afectadas por pérdidas derivadas de la ineficacia, la mala gestión de activos y obligaciones o estrategias arriesgadas, son susceptibles de generar mayores distorsiones en la competencia. Por ello, el precio por la ayuda ha de ser mayor y la envergadura de la reestructuración también.

d) Carácter temporal de las medidas y justificación coyuntural

La duración y el alcance de los regímenes de garantía han de limitarse al mínimo necesario. Por ello, la Comisión ha insistido en que solamente se podrá recurrir a la base del artículo 107, apartado 3, letra b), TFUE, durante el tiempo en que la situación de crisis justifique su aplicación, lo que conlleva la necesidad de revisar regularmente los regímenes generales de ayuda y ponerles fin tan pronto como la situación económica del Estado lo permita⁴⁹⁰. El principio de oportunidad única de

⁴⁸⁹ Comunicación Reestructuración, precitada, p. 14.

⁴⁹⁰ Comunicación Bancaria, precitada, pp. 12-13, en principio hasta el 31 de diciembre de 2010

las Directrices sobre ayudas de salvamento y reestructuración no parece pues que se aplique en estas circunstancias, partiendo de que tampoco puede predecirse con exactitud si una institución financiera importante para la economía de un Estado miembro necesitará más de una intervención en el futuro.

De momento, las distintas comunicaciones de la Comisión establecen, a título de regla general, que las medidas que se adopten en el contexto presente podrán tener una duración de hasta dos años, aunque la institución europea se ha reservado al mismo tiempo la posibilidad de poder revisar cada seis meses los esquemas de ayudas adoptados por los Estados miembros. De esta manera, la Comisión dispone de la oportunidad de verificar si tales medidas siguen siendo necesarias para reajustar la economía del Estado o si puede prescindirse de ellas⁴⁹¹.

En fin, las Comunicaciones de Transición, a la que nos referiremos más adelante, están intentando establecer una vía de retorno al régimen ordinario de las ayudas de Estado para empresas en crisis de acuerdo con la recuperación económica que ha tenido lugar paulatinamente desde enero de 2011⁴⁹². Su alcance se ha puesto en entredicho recientemente debido a las previsiones para 2012 que auguran un retorno a situaciones de debilitamiento y contracción significativas de la economía europea.

⁴⁹¹ Comunicación Bancaria, precitada, pp. 34-42, y Comunicación Recapitalización, p. 40.

⁴⁹² Comunicación Transición, precitada, p. 5.

B. Las cuatro fases del control de ayuda de Estado en el sector financiero durante la crisis financiera

a) La Comunicación de 13 de octubre de 2008 (Garantías y ayudas a la liquidación)

i. Planteamiento

La Comunicación Bancaria, además de exponer las consideraciones a las que acabamos de hacer referencia, ha descrito cómo ha de procederse en el diseño particular de las garantías que los Estados miembros consideren oportuno adoptar en favor de las instituciones financieras, así como de las ayudas a la liquidación de estas instituciones cuando se considere simplemente que la solución más conveniente es su salida del mercado.

Los principios elementales en que se asienta este marco para las garantías es el de la limitación temporal y el del pago de una remuneración por la ayuda obtenida. La Comunicación Bancaria también ofrece otras informaciones relativas a las instituciones beneficiarias, el tipo de pasivos susceptibles de ser garantizados y relevantes pautas de limitación de la actividad empresarial de las instituciones financieras beneficiarias.

El cuadro III.1 sintetiza los aspectos que analizamos con más detalle a continuación.

*Cuadro III.1- Esquemas de garantías: requisitos necesarios (en inglés)*⁴⁹³.

Criteria	Necessary requirements
Eligible institutions	Banks incorporated in a Member State, including foreign subsidiaries. Justification required in case other financial institutions than banks are eligible.
Types of liabilities covered	Newly issued or renewed debt instruments, excluding subordinated debt.
Temporal scope of liabilities covered	Debt with maturities of three months up to three years. Maturities up to five years can be guaranteed in exceptional circumstances up to one-third of the total volume of the scheme if justification is provided. There is no limitation on an individual bank level. Exceptionally shorter maturities have been agreed.
Budget	Either a global budget or a limitation on an individual bank level.
Remuneration of guarantee	Minimum fee is pricing described in the ECB recommendations on government guarantees on bank debt of 20 October 2008. Add-on element of 50 basis points can be decreased to 20 basis points if high quality collateral is provided. ECB recommendations provide for lower fee for shorter maturities.
Behavioural safeguards	Prohibition of marketing of the State guarantee as a commercial advantage.
Duration of scheme and debt issuing window	Maximum six months with possibility of prolongation after renotification. The debt issuance window for banks cannot be longer than the end of the scheme.
Submission of restructuring plan	Submission of restructuring plan in case the guarantee is called.
Review and reporting	Reporting every six months prior to renotification. Review every six months upon expiration of approval. In case of prolongation, notification of prolongation should occur one month before expiration of the scheme.

⁴⁹³ Este cuadro hace parte del Documento Interno de la Comisión de 7 de agosto de 2009 titulado « DG Competition's review of guarantee and recapitalisation schemes in the financial sector in the current crisis », disponible en http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/review_of_schemes_en.pdf.

ii. Garantías

1. *Instituciones financieras beneficiarias*

De entrada, cabe destacar que las garantías pueden hacer parte de un esquema general o tratarse de medidas individuales para una institución concreta (garantías « ad hoc »). Pueden articularse a través de una declaración, a través de medidas legislativas o a través de regímenes contractuales⁴⁹⁴.

En todos estos casos, la Comisión ha señalado que la determinación de las instituciones financieras beneficiarias ha de responder a criterios de elegibilidad objetivos, que tengan debidamente en cuenta el papel de cada institución en el sistema bancario en cuestión y en la economía global.

Además, ha de tratarse de criterios no discriminatorios a fin de evitar efectos distorsionadores indebidos tanto en los mercados vecinos como en el mercado interior en su conjunto. Ello implica que todas las instituciones financieras constituidas en el Estado miembro han de poder solicitar ser cubiertas por el régimen de garantías que se establezca, incluidas aquí las filiales de grupos extranjeros constituidas en ese mismo Estado miembro⁴⁹⁵.

⁴⁹⁴ Comunicación Bancaria, precitada, p. 17.

⁴⁹⁵ Comunicación Bancaria, precitada, p. 18.

2. Tipos de pasivos cubiertos

Por lo que se refiere a los tipos de pasivos que pueden cubrir las garantías, se trata principalmente de los depósitos de los particulares. Reconfortar a los particulares frente a la situación de incertidumbre que acechaba a sus depósitos y evitar la posibilidad de retirada de fondos y de repercusiones negativas indebidas en instituciones financieras sanas ha sido, en este sentido, una prioridad a la hora de diseñar el régimen relativo a las medidas de ayuda en la forma de garantía⁴⁹⁶. Tal y como ha señalado la Comisión, en el contexto de una crisis sistémica, las garantías generales que protegen los depósitos de los particulares son una prioridad legítima de la respuesta de los gobiernos nacionales⁴⁹⁷.

Asimismo, la Comisión ha destacado que, por lo que se refiere a las garantías que exceden los depósitos de los particulares, la selección de los tipos de deuda y de obligaciones cubiertos debe, en la medida de lo posible, centrarse en la fuente específica de dificultades de la presente coyuntura y limitarse a lo que pueda estimarse necesario para hacer frente a los aspectos más relevantes de la crisis financiera. De otro modo, podría retrasarse el proceso de ajuste necesario y generar riesgos morales perjudiciales⁴⁹⁸. En este sentido, la Comisión ha considerado que, dado el agotamiento de los préstamos entre instituciones financieras debido a la

⁴⁹⁶ Comunicación Bancaria, precitada, pp. 19-23.

⁴⁹⁷ Comunicación Bancaria, precitada, p. 19.

⁴⁹⁸ Comunicación Bancaria, precitada, p. 20.

erosión de la confianza en los mercados, los depósitos interbancarios pueden hacer igualmente el objeto de una garantía, siempre y cuando tales obligaciones no se encuentren protegidas adecuadamente a través de acuerdos previos existentes entre inversores u otros medios⁴⁹⁹.

Cualquier otro tipo de deuda que no se corresponda con los depósitos de los particulares y los créditos interbancarios ha de ser analizado por separado por la Comisión para ver en qué medida su garantía conduce en efecto a hacer frente a los riesgos de la crisis financiera.

Por último, las garantías no deben, en principio, incluir deudas subordinadas o una cobertura indiscriminada de todas las responsabilidades de las instituciones financieras beneficiarias. La Comisión ha considerado que, de lo contrario, las garantías tenderían simplemente a salvaguardar los intereses de los accionistas y de otros inversores de capital de riesgo. Si se conviniera que es necesario cubrir tales deudas, permitiendo así una expansión del capital y por tanto de las actividades de crédito, resultaría forzoso adoptar restricciones específicas⁵⁰⁰.

⁴⁹⁹ Estos medios pueden consistir en bonos garantizados y deudas y depósitos garantizados por bonos del Estado o bonos garantizados.

⁵⁰⁰ Comunicación Bancaria, precitada, p. 23

3. Ámbito temporal de los esquemas de garantías

En línea con lo señalado anteriormente, la duración y el alcance de los regímenes de garantía han de limitarse a lo verdaderamente indispensable. Aunque no es posible, en las circunstancias actuales, prever la duración exacta de las medidas de intervención a favor de las instituciones financieras en dificultades, la Comisión ha emplazado a los Estados miembros a revisar regularmente la necesidad de los esquemas de garantías que adopten y a ajustarlos a la situación de los mercados cada seis meses, si bien puede establecerse para ellos una duración inicial de dos años⁵⁰¹. Se trata de un plazo arbitrario, pero materializa el deseo de la Comisión de establecer una referencia temporal concreta. Estos dos años podrían ser prorrogados siempre y cuando la revisión de las medidas sea efectiva y se demuestre que la situación de crisis justifica su aplicación. El término de la garantía se prevé para el momento en que la situación económica del Estado miembro en cuestión lo permita⁵⁰².

4. Contribución por parte del sector privado

En aplicación del principio según el cual la cantidad y la intensidad de las ayudas públicas recibidas por las instituciones financieras deben limitarse al mínimo estricto, los Estados miembros deben prever medidas adecuadas para garantizar una

⁵⁰¹ Comunicación Bancaria, precitada, p. 24.

⁵⁰² Comunicación Bancaria, precitada, pp. 12-13.

contribución significativa de los beneficiarios y/o del sector financiero al coste de la garantía y, cuando sea necesario, al coste de la intervención del Estado en caso de que deba recurrirse a la garantía⁵⁰³. La idea es que los accionistas de las instituciones financieras rescatadas no se beneficien injustamente a expensas de los fondos públicos.

Tal y como ha señalado la Comisión, satisface *a priori* este requisito el establecimiento de una remuneración adecuada a cargo de la institución financiera conforme a lo que pueda considerarse un precio de mercado, y conforme también a los diversos niveles de riesgo y a los distintos perfiles de los beneficiarios. En particular, la Comisión ha enfatizado los siguientes aspectos⁵⁰⁴:

(1) En primer lugar, el régimen de garantía debe basarse individualmente en una *remuneración adecuada* por parte de las instituciones financieras beneficiarias y/o el sector financiero en su conjunto. Dada la dificultad de determinar un tipo de mercado para garantías de esta naturaleza y dimensión, a falta de una referencia comparable, y teniendo en cuenta las dificultades potenciales, en las circunstancias actuales, de que los beneficiarios soporten los importes que podrían cargarse correctamente, los importes cobrados en el ámbito del régimen deben aproximarse lo más posible a lo que podría considerarse un precio de mercado. La introducción de mecanismos adecuados de fijación de precios que reflejen los diversos niveles de

⁵⁰³ Comunicación Bancaria, precitada, p. 25.

⁵⁰⁴ Comunicación Bancaria, precitada, pp. 25-26.

riesgo y los distintos perfiles y necesidades de crédito de los beneficiarios constituirá, a juicio de la Comisión, una contribución importante para garantizar el carácter proporcional de la medida,

(2) En segundo lugar, si hubiera de activarse la garantía, otra contribución importante del sector privado podría consistir en *cubrir al menos una parte considerable de las cantidades debidas* por la empresa beneficiaria o por el sector, limitándose la intervención del Estado miembro a los importes que excedan de esta contribución,

(3) En tercer lugar, los beneficiarios pueden no ser capaces de pagar inmediatamente una remuneración adecuada en su totalidad. Por tanto, para complementar o sustituir parcialmente los elementos anteriores, los Estados miembros podrían introducir una *cláusula de recuperación/prosperidad* que exija que los beneficiarios paguen una remuneración adicional por la mera prestación de la garantía, en caso de que no haya que activarla o que, incluso, reembolsen al menos una parte de los importes pagados por el Estado miembro con arreglo a la garantía, en el supuesto de que deba procederse a su activación, tan pronto como estén en condiciones de hacerlo.

Cabe destacar que el Banco Central Europeo ha publicado una serie de fórmulas de remuneración para determinar el precio de las garantías que los beneficiarios habrían

de pagar⁵⁰⁵. Estas fórmulas han sido posteriormente actualizadas conforme a la evolución de la recuperación económica en la Unión Europea⁵⁰⁶.

5. Prevención de falseamientos indebidos de la competencia

Por otro lado, a efectos de que las instituciones financieras beneficiarias de las garantías concedidas por los Estados miembros no resulten más atractivas para los inversores que las instituciones financieras que no se hayan beneficiado de ellas, la Comisión dispone que han de adoptarse medidas de limitación de la actividad comercial de las beneficiarias –behavioural constraints– de modo que éstas no puedan hacer uso de la garantía pública para desarrollar actividades que excedan de lo estrictamente necesario para superar las dificultades actuales. Tales salvaguardias, que pretenden también evitar el riesgo moral, han de incluir, según la Comisión, una combinación adecuada de alguno o de todos los elementos siguientes⁵⁰⁷:

(1) Por un lado, limitaciones en cuanto al comportamiento que garanticen que las instituciones financieras beneficiarias no se dedican a una expansión agresiva aprovechando la garantía en detrimento de los competidores no cubiertos por tal protección.

⁵⁰⁵ Recomendaciones del Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo sobre las garantías concedidas por los gobiernos sobre deuda bancaria de 20 de octubre de 2008, disponible en http://www.ecb.int/pub/pdf/other/recommendations_on_guarantees.en.pdf.

⁵⁰⁶ V. infra el apartado « Operación Phasing-out: el retorno al régimen ordinario ».

⁵⁰⁷ Comunicación Bancaria, precitada, p. 27.

Este objetivo puede acometerse a su vez a partir de varios medios como son, en primer lugar, el establecimiento de restricciones de la conducta comercial de la institución financiera beneficiaria. Ello implicaría, a título de ilustración, limitaciones en toda iniciativa de publicidad destinada a exponer el hecho de que la institución financiera beneficiaria es objeto de una garantía. En segundo lugar, puede convenirse el establecimiento de restricciones sobre los precios aplicados o, incluso, sobre la expansión de las actividades de la institución financiera en cuestión, por ejemplo a través de la introducción de un límite máximo de cuota de mercado. En tercer lugar, pueden preverse limitaciones al valor del balance de las instituciones beneficiarias en relación con una referencia adecuada, como pudiera ser el Producto Interior Bruto o el crecimiento del mercado monetario. En cuarto lugar, se aboga por la prohibición de comportamientos irreconciliables con el objetivo de la garantía, como pueden ser la adquisición de participaciones por instituciones financieras beneficiarias o emisión de nuevas opciones de compra de acciones para sus directivos,

(2) Por otro lado, disposiciones adecuadas que permitan que el Estado miembro en cuestión garantice la aplicación de estas restricciones en cuanto al comportamiento. Se incluye aquí la sanción de retirar la garantía concedida a una institución financiera beneficiaria en caso de incumplimiento.

6. La adopción de un plan de reestructuración

En fin, los regímenes generales de garantía deben considerarse medidas de salvamento de urgencia temporales destinadas a hacer frente a los síntomas agudos de la crisis actual de los mercados financieros y, en particular, a garantizar la supervivencia de una institución insolvente. Tales medidas no pueden, por definición, representar una respuesta satisfactoria a las causas profundas de esta crisis ligadas a los defectos estructurales de funcionamiento de la organización de los mercados financieros, o a problemas específicos de las instituciones financieras individuales o a una combinación de ambos⁵⁰⁸.

Es por lo anterior que un régimen de garantía debe ir acompañado, a su debido tiempo, de medidas de ajuste necesarias para el sector en su conjunto y/o por la reestructuración o liquidación de beneficiarios individuales, en especial aquéllos para los que deba recurrirse a la garantía⁵⁰⁹.

El plan de reestructuración debe ser, en principio, notificado a la Comisión para que sea evaluado por esta última conforme a las indicaciones de la Comunicación Reestructuración que analizamos más adelante.

⁵⁰⁸ Comunicación Bancaria, precitada, p. 28.

⁵⁰⁹ Comunicación Bancaria, precitada, p. 29. V. también la iniciativa del comisario europeo Barnier de crear un High-Level Expert Group on posible reforms to the structure of the EU banking sector, citado en Sanchez-Calero, J., « Buscando la estabilidad bancaria » disponible en jsanchezcalero.blogspot.com.

iii. Las ayudas a la liquidación controlada

De manera similar a las garantías, las ayudas a la liquidación controlada de algunas instituciones financieras han adquirido una singular importancia en el contexto de la crisis. Se conciben como un mecanismo que puede adoptarse tanto a título individual o como complemento de una garantía o recapitalización para el supuesto en que una institución financiera no sea capaz de desprenderse de sus deficiencias estructurales incluso después de haber obtenido la ayuda de los poderes públicos. A los fines de facilitar su salida del mercado, una ayuda a la liquidación puede resultar ciertamente conveniente.

Para estos casos, la Comisión ha señalado que ha de prestarse atención a que accionistas y acreedores que se hayan beneficiado de ayudas previas no se beneficien nuevamente con las ayudas relativas a la liquidación.

Por otro lado, para garantizar que no se concede ayuda a los compradores de la institución financiera saliente del mercado de sus activos, es importante que se respeten las condiciones de venta abierta y no discriminatoria, realizada a precio de mercado y atendiendo al principio de maximización del precio de venta⁵¹⁰. Para

⁵¹⁰ Comunicación Tratamiento de activos deteriorados. Cfr. Comunicación de la Comisión relativa a los elementos de ayuda en las ventas de terrenos y construcciones por parte de los poderes públicos (DO C 209, p. 3).

determinar la existencia de ayuda en este ámbito, la Comisión tiene en cuenta los siguientes criterios:

- (1) el proceso de venta deberá ser abierto y no discriminatorio;
- (2) la venta deberá realizarse en condiciones de mercado;
- (3) la institución financiera o el Gobierno, dependiendo de la estructura escogida, deberá maximizar el precio de venta de los activos y pasivos en cuestión;
- (4) en caso de que sea necesario conceder una ayuda a la actividad económica que deba venderse, se efectuará una evaluación individual con arreglo a los principios establecidos en las Directrices comunitarias sobre ayudas de salvamento y reestructuración.

En fin, la Comisión ha enfatizado que, a fin de evitar distorsiones indebidas de la competencia, la fase de liquidación debe limitarse al período estrictamente necesario para efectuar una liquidación ordenada. Mientras la institución financiera beneficiaria continúe operando, no ha de realizar nuevas actividades, sino limitarse a las ya existentes. La autorización bancaria ha de limitarse lo más rápidamente posible⁵¹¹.

⁵¹¹ Comunicación Bancaria, precitada, p. 47.

iv. La acción particular de los Bancos Centrales nacionales

Por último, resulta de particular interés la mención recogida en la Comunicación Bancaria a los bancos centrales nacionales.

Conviene señalar que, conforme al artículo 107 TFUE, existe una ayuda en el sentido del Tratado cuando un Banco Central nacional autoriza descubiertos o concesiones de cualquier otro tipo de créditos o adquiere directamente instrumentos de deuda de una institución financiera a título individual.

No obstante, cuando un banco central reacciona frente a una crisis bancaria no con medidas selectivas⁵¹² a favor de determinadas instituciones financieras, sino a través de medidas generales abiertas a todos los operadores del mercado, por ejemplo, concediendo préstamos a todo el mercado en igualdad de condiciones, esta medidas no suelen entrar en el ámbito de las normas en materia de ayudas estatales y no necesitan ser notificadas a la Comisión⁵¹³.

Incluso en situaciones en que la ayuda está concedida a una institución financiera a título individual, es decir, de modo selectivo, no existe « ayuda » en el sentido del Tratado cuando se cumplen las tres condiciones siguientes⁵¹⁴:

⁵¹² V. el epígrafe « La noción de ‘ayuda’ con arreglo al artículo 107 TFUE », supra.

⁵¹³ Comunicación Bancaria, precitada, p. 51.

⁵¹⁴ Comunicación Bancaria, precitada, pp. 52-53.

(1) en primer lugar, la institución financiera es solvente en el momento de la concesión de liquidez;

(2) en segundo lugar, la facilidad ha de ser objeto de una garantía integral a la que se aplican recortes de valoración en función de parámetros de mercado;

(3) en tercer término, el banco central cobra al beneficiario un tipo de interés de demora;

(4) en cuarto lugar, la medida se toma por iniciativa del propio banco central y no está respaldada por ninguna contragarantía del Estado.

e) Comunicación de 5 de diciembre de 2008 (Recapitalizaciones)

i. Planteamiento

Si bien en la Comunicación Bancaria se hacía referencia a la recapitalización de los bancos como instrumento de respuesta frente a la crisis⁵¹⁵, los apartados dedicados a ella eran relativamente escasos comparados con los dedicados a los esquemas de garantía. Esta asimetría en el tratamiento de uno y otro instrumento encuentra su explicación en que, en un principio, la Comisión concibió el recurso a la recapitalización como una opción secundaria respecto de la concesión de garantías,

⁵¹⁵ Comunicación Bancaria, precitada, p. 34 y siguientes.

dado que la recapitalización es una medida reversible en menor grado y que, en cambio, la garantía, salvo en el caso extraordinario de su activación, no suponen un coste para el contribuyente. Sin embargo, a medida que la crisis fue agravándose en los últimos meses de 2008, los Estados miembros tomaron conciencia de la necesidad de recurrir a la recapitalización de las instituciones financieras, intentando no dejar por ello de alentar la obtención de capitales privados por otros medios⁵¹⁶.

La recapitalización se configura pues como un instrumento muy eficaz para hacer llegar liquidez, no solamente a las entidades de crédito, sino a la economía real, y para favorecer la confianza en el mercado, puesto que permite reforzar directamente la base de capital de la institución financiera beneficiaria y elevar así su ratio de solvencia⁵¹⁷.

⁵¹⁶ Cfr. Conclusiones del Consejo de la Unión Europea, Asuntos Económicos y Financieros de 7 de octubre de 2008, precitadas.

⁵¹⁷ La Comisión ha precisado lo siguiente: « En el contexto de la situación imperante en los mercados financieros, la recapitalización de los bancos *puede satisfacer varios objetivos. En primer lugar, las recapitalizaciones contribuyen al restablecimiento de la estabilidad financiera y de la confianza necesaria para la recuperación de los préstamos interbancarios. Además, en periodos de recesión el capital adicional aporta un soporte que permite absorber las pérdidas y limita el posible riesgo de insolvencia de los bancos. En las circunstancias actuales, que tienen su origen sobre todo en el desplome de Lehman Brothers, puede resultar necesario inyectar capital en bancos esencialmente sólidos en respuesta a la percepción generalizada de que son necesarios ratios de capital más elevados habida cuenta de la pasada infravaloración del riesgo y del mayor coste de la financiación. [...] En segundo lugar, las recapitalizaciones pueden ayudar a garantizar la concesión de préstamos a la economía real. Los bancos esencialmente sólidos pueden preferir restringir sus préstamos para evitar el riesgo y mantener ratios de capital más elevados. Las inyecciones de capital público pueden evitar tales restricciones en la oferta de crédito y limitar la repercusión de las dificultades de los mercados*

Hasta el momento, muchas instituciones financieras han debido acudir a la recapitalización a título preventivo debido a la mayor percepción del riesgo presente en estos momentos y al mayor coste de la financiación. En este sentido, la recapitalización pública puede ser una respuesta adecuada a los problemas de insolvencia a que se enfrentan algunas instituciones financieras a raíz de su estrategia de inversión o modelo de negocios particular⁵¹⁸, de modo que, incluso en estos casos, se contribuya igualmente a evitar los efectos sistémicos a corto plazo de su posible insolvencia.

Por todas estas razones, los Estados miembros solicitaron a la Comisión unas nuevas y más detalladas orientaciones relativas al instrumento de la recapitalización⁵¹⁹. La Comisión respondió a esta petición mediante la Comunicación de 5 de diciembre de

financieros sobre otras actividades. [...] En tercer lugar, la recapitalización pública también puede ser una respuesta adecuada a los problemas de insolvencia a que se enfrentan algunas instituciones financieras a raíz de su estrategia de inversión o modelo de negocio particular. Una inyección de capital de fuentes públicas que proporcione ayuda urgente a un banco concreto puede contribuir asimismo a evitar los efectos sistémicos a corto plazo de su posible insolvencia. A más largo plazo, la recapitalización podría apoyar los preparativos para la recuperación de la viabilidad duradera del banco interesado o para su liquidación ordenada ».

V. Comunicación Recapitalización, precitada, pp. 4-6.

⁵¹⁸ Comunicación Recapitalización, precitada, p. 6.

⁵¹⁹ Conclusiones del Consejo de la Unión Europea, Asuntos Económicos y Financieros, de 2 de diciembre de 2008.

2008⁵²⁰. En ella se establecen con mayor detalle los principios que han de guiar, sobre todo, la remuneración por las inyecciones de capital llevadas a cabo por los Estados miembros a favor de las instituciones financieras de modo que refleje el precio que un mercado en condiciones normales pudiera requerir por tal ayuda⁵²¹.

ii. Instituciones financieras beneficiarias

Los principios descritos para los esquemas de garantías resultan aplicables mutatis mutandis a las recapitalizaciones. Así, la determinación de las instituciones financieras beneficiarias ha de responder a criterios de elegibilidad objetivos y no discriminatorios. Entre ellos puede encontrarse la necesidad de asegurar un nivel suficiente de capitalización para cumplir con los requisitos de solvencia de la legislación nacional⁵²².

⁵²⁰ La adopción de esta Comunicación supone un ejemplo sin precedentes de colaboración entre la Comisión y el Banco Central Europeo, el cual, mediante las Recomendaciones de su Consejo de Gobierno de 20 de noviembre de 2008, propuso una metodología par la evaluación comparativa de la fijación de precios de las medidas públicas de recapitalización destinadas a instituciones esencialmente sólidas en la zona del euro. V. Comunicación Recapitalización, precitada, p. 16. Cfr. Conferencia de SENKOVIC, P., « The ECB Response to the financial markets crisis », 7th experts' forum on new developments in European State Aid Law Institute, Bruselas, 14 y 15 de mayo de 2009.

⁵²¹ Hasta ahora se ha autorizado la recapitalización, sobre todo en forma de acciones ordinarias y preferentes, supeditando en concreto a la introducción de índices de remuneración de mercado, salvaguardias adecuadas en cuanto a la conducta y revisión periódico. Ver Comunicación Recapitalización, precitada, p. 3.

⁵²² Comunicación Bancaria, precitada, p. 37.

iii. Limitaciones a la actividad empresarial

La ayuda ha de ser proporcional a sus objetivos y limitarse a lo estrictamente necesario. La inyección de capital no debe permitir al beneficiario que inicie estrategias comerciales agresivas o la expansión de sus actividades. La Comisión señala que evaluará positivamente el mantenimiento de requisitos mínimos de solvencia reforzados, y/o la limitación del valor total del balance de la institución financiera. Los beneficiarios deberían contribuir todo lo posible, teniendo en cuenta la crisis actual, con sus propios medios, incluida la participación privada.

Por otro lado, la necesidad de establecer salvaguardias para evitar posibles abusos y distorsiones indebidas en la competencia es igualmente imperativa. Esta circunstancia goza de una importancia mayor, si cabe, debido a la naturaleza irreversible de las recapitalizaciones.

Las salvaguardias que tiene en consideración la Comisión a la hora de evaluar la compatibilidad de una medida concreta de recapitalización pueden comprender tanto una política de dividendos restrictiva –incluyendo aquí la prohibición de repartir dividendos durante el periodo de vuelta a la viabilidad–, como la limitación de la remuneración de la dirección y la distribución de bonificaciones y la obligación de restaurar un ratio de solvencia elevado⁵²³, fundamentalmente para los casos de empresas con problemas endógenos de viabilidad.

⁵²³ Comunicación Recapitalización, precitada, p. 45.

iv. Remuneración por la recapitalización

7. *Planteamiento*

La Comisión ha manifestado un particular interés en que, al igual que ha establecido para las garantías, exista una contribución importante por parte del beneficiario al soporte de la ayuda y de que toda inyección se lleve a cabo minimizando el importe de la ayuda. Para que esto se produzca, el Estado miembro en cuestión ha de adoptar medidas concretas que le permitan recibir derechos tales como acciones, garantías, capital subordinado, etc., de valor correspondiente a su participación en la recapitalización. Con lo anterior, la Comisión trata de mantener la igualdad de condiciones y de no proporcionar subvenciones demasiado cuantiosas en comparación con las alternativas que pueda ofrecer la financiación privada.

El precio de emisión de las nuevas acciones deberá fijarse sobre la base de una evaluación orientada por el mercado partiendo de que la mejor garantía para limitar los falseamientos en la competencia es la cercanía de los precios fijados a los precios de mercado⁵²⁴. Además, las condiciones y los precios fijados deben ofrecer un incentivo para que el banco reemsolse al Estado tan pronto se haya superado la crisis.

⁵²⁴ Comunicación Recapitalización, precitada, p. 19.

En este ámbito, uno de los medios de contribución por parte de la institución beneficiaria es la suscripción de participaciones por el Estado, correspondiendo con el objetivo de minimizar el importe de la ayuda⁵²⁵. Otra opción es el pago de un interés, el cual, si bien no ha de responder a los tipos excepcionales que se observan en la actualidad, debido a la excesiva valoración del riesgo, tampoco han de corresponder a los del periodo anterior a la crisis⁵²⁶.

8. Principios rectores de los distintos tipos de recapitalización

Cabe señalar que, sobre la base de una serie de recomendaciones elaboradas por el Banco Central Europeo⁵²⁷, la Comisión ha concretado las reglas destinadas a determinar el coste de las ayudas de recapitalización para el caso de las entidades esencialmente solventes, por un lado, y para el caso de aquellas entidades con problemas endógenos y estructurales, por otro. Tal y como ha sido señalado en un epígrafe precedente, la idea basilar a este respecto es la de que las entidades fundamentalmente solventes puedan beneficiarse de unas condiciones menos severas que las que no tuvieran esta condición.

Con arreglo a la Comunicación Recapitalización, la remuneración que ha de pagarse como contraprestación por la obtención de fondos públicos obtenidos se establece de

⁵²⁵ Comunicación Bancaria, precitada, p. 39.

⁵²⁶ Comunicación Recapitalización, precitada, p. 18.

⁵²⁷ Véanse las Recommendations of 20 october 2008 and 20 November 2008 of the Governing Council of the European Central Bank on government guarantees for bank debt.

manera conforme a una horquilla de índices de rendimiento⁵²⁸. A continuación, se reproducen los principios rectores destacados por la Comisión en su comunicación:

- Cuando las inyecciones de capital público tengan lugar con una participación significativa (30 % o más) de inversores privados en las mismas condiciones, la Comisión aceptará la remuneración fijada en el acuerdo. Teniendo en cuenta que una operación de tales características apenas plantea problemas desde el punto de vista de la competencia —a menos que los términos del acuerdo sean tales que alteren de manera significativa los incentivos de los inversores privados—, en principio no parece existir necesidad alguna de incentivos de salida o salvaguardias de la competencia *ex ante*⁵²⁹.
- Cuando se trate de recapitalizaciones temporales de bancos esencialmente sólidos, destinadas a fomentar la estabilidad financiera y la concesión de préstamos a la economía real, la remuneración deberá tener adecuadamente en cuenta los elementos siguientes: el perfil de riesgo actual de cada beneficiario; las características del instrumento elegido, entre ellas su nivel de subordinación, el riesgo y todas las modalidades de pago; los incentivos de salida incorporados, tales como las cláusulas de ajuste al alza y reembolso; y el tipo de interés de referencia apropiado para activos sin riesgo⁵³⁰.

⁵²⁸ Comunicación Recapitalización, precitada, p. 25. V. también URÍA, F., precitado, p. 94.

⁵²⁹ Comunicación Recapitalización, precitada, p. 21.

⁵³⁰ Comunicación Recapitalización, precitada, p. 24.

- Teniendo en cuenta que la remuneración exigida actualmente por el mercado se sitúa en torno al 15 %⁵³¹, la Comisión ha manifestado su intención de aceptar, como precio para las recapitalizaciones de bancos esencialmente sólidos, tipos inferiores a los tipos de mercado actuales. De este modo se pretende facilitar que los bancos recurran a tales instrumentos y favorecer la restauración de la estabilidad financiera y garantizar la concesión de préstamos sin trabas a la economía real.

- El rendimiento previsto total de la recapitalización para el Estado no debe distar mucho de los precios de mercado actuales. La razón que fundamenta lo anterior es que dicho rendimiento debe, en primer lugar, evitar la infravaloración del riesgo anterior a la crisis; en segundo lugar, reflejar la incertidumbre existente sobre el momento y el nivel en que se alcanzará un nuevo equilibrio de precios; en tercer lugar, ofrecer incentivos para salir del régimen; y, por último, minimizar el riesgo de falseamientos de la competencia entre los Estados miembros, así como entre aquellos bancos que captan capital en el mercado hoy en día sin ninguna ayuda pública. Resulta esencial que el índice de remuneración no diste demasiado de los precios vigentes en el mercado para evitar un efecto de expulsión de la recapitalización a través del sector privado y facilitar el restablecimiento de las condiciones normales de mercado. Las propuestas de concesión de fondos públicos han de venir acompañadas de incentivos para que se proceda al

⁵³¹ JP MORGAN, *Europe Credit Research*, 27 de octubre de 2008.

reembolso del capital público cuando las condiciones de mercado lo hicieran posible⁵³².

9. Niveles del precio para las recapitalizaciones

De manera particular, la Comisión ha establecido también una serie de observaciones respecto a la determinación del nivel de precios:

Así, ha considerado que, teniendo en cuenta para estos fines las recomendaciones del Eurosistema, el índice de rendimiento exigido por el Estado por lo que respecta a los instrumentos de recapitalización destinados a bancos esencialmente sólidos — acciones preferentes y otros instrumentos híbridos— podría determinarse sobre la base de una "horquilla de precios" definida por: i) el índice de rendimiento exigido por la deuda subordinada, como límite inferior; y ii) el índice de rendimiento exigido por las acciones ordinarias, como límite superior. Esta metodología conlleva el cálculo de una horquilla de precios sobre la base de diferentes componentes, que debería reflejar asimismo las características específicas de instituciones concretas (o grupos de instituciones similares) y de los Estados miembros. La aplicación de la metodología utilizando promedios (medias aritméticas o medianas) de los parámetros pertinentes (rendimiento de las obligaciones públicas, diferenciales de permutas financieras por impago crediticio (CDS spreads), primas de riesgo de las acciones ordinarias) determina una horquilla con un índice de rendimiento exigido medio del 7 % por lo que respecta a las acciones preferentes con características

⁵³² Comunicación Recapitalización, precitada, p. 25.

similares a las de la deuda subordinada y un índice de rendimiento exigido medio del 9,3 % en cuanto a las acciones ordinarias relacionadas con bancos de la zona del euro. Como tal, esta horquilla de precios medios constituye una banda indicativa ».

De la misma manera, la Comisión ha señalado que aceptará una remuneración mínima basada en la metodología descrita anteriormente por lo que respecta a los bancos esencialmente sólido. La remuneración exigida a cada banco concreto se diferenciará en función de distintos parámetros: a) el tipo de capital elegido: cuanto menor sea la subordinación, menor será la remuneración exigida en la horquilla de precios; b) el tipo de interés de referencia apropiado para activos sin riesgo; c) el perfil de riesgo individual, a nivel nacional, de todas las instituciones financieras elegibles (incluidas tanto las instituciones financieramente sólidas como los bancos en dificultades)⁵³³.

i. Incentivos para el reembolso del capital público

Para evitar que los bancos se ciñan a la financiación pública y que no busquen fuentes de capital alternativas, la Comisión invita a los Estados miembros a exigir un remuneración suficientemente elevada, a la que han de añadirse incentivos de salida como cláusulas de ajuste al alza. Estas fórmulas tienen por objetivo que el

⁵³³ Comunicación Recapitalización, p. 28.

reembolso de la ayuda se produzca tan pronto como haya terminado la crisis y que se sustituya la financiación pública por la financiación privada lo antes posible⁵³⁴.

En tanto que incentivo para el reembolso del capital público recibido, la Comisión concibe principalmente la adopción de una política de dividendos restrictiva para garantizar el carácter temporal de la intervención pública. Una política de dividendos restrictiva sería coherente con el objetivo de salvaguardar la concesión de préstamos a la economía real y consolidar la base de capital de los bancos beneficiarios. Al mismo tiempo, sería importante dejar margen para el pago de dividendos cuando éste constituye un incentivo para proporcionar nuevo capital ordinario privado a bancos esencialmente sólidos

Si un Estado miembro prefiere no incrementar el índice nominal de remuneración, puede considerar la posibilidad de elevar la remuneración global a través de opciones de compra u otras cláusulas de reembolso, o mecanismos que fomenten la obtención de capital privado, por ejemplo vinculando el pago de dividendos a una remuneración obligatoria del Estado que aumenta a medida que pasa el tiempo⁵³⁵.

⁵³⁴ Comunicación Recapitalización, precitada, p. 31.

⁵³⁵ Comunicación Recapitalización, precitada, p. 32.

iv. Deber de información a la Comisión

En fin, la aprobación del régimen de ayudas no exime a los Estados de presentar a la Comisión un informe semestral sobre la utilización de dichos fondos, así como de los planes individuales de ayuda⁵³⁶. En este informe ha de señalarse los bancos que han sido recapitalizados, las cantidades recibidas por esos bancos y los términos en que se las han concedido, la destinación capital recibido, información sobre incentivos y otras salvaguardias, y el camino que los Estados prevén para abandonar la dependencia del capital público⁵³⁷.

f) Comunicación de 25 de julio de 2008 (Tratamiento de activos deteriorados)

i. Planteamiento

Como penúltimo estadio en el marco de orientación y evaluación de las medidas adoptadas por los Estados frente a la crisis, y ante el empeoramiento de los mercados de crédito interbancario, la Comisión ha publicado una comunicación relativa al rescate de activos deteriorados. Éstos son tanto los activos calificados normalmente como tóxicos –esto es, aquéllos que, por lo general, « han perdido toda liquidez y son objeto de profundos ajustes a la baja de su valor »⁵³⁸–, como aquéllos

⁵³⁶ Comunicación Bancaria, precitada, p. 38.

⁵³⁷ Comunicación Recapitalización, precitada, p. 40.

⁵³⁸ Comunicación Tratamiento de activos deteriorados, precitada, p. 32.

que los Estados consideren tratar necesariamente para equilibrar los balances de los bancos y restituir la confianza en el mercado financiero⁵³⁹.

Ha de señalarse que la adopción de esta tercera comunicación derivaba de la iniciativa planteada por varios Estados miembros de complementar las medidas de garantía y de recapitalización con otras dirigidas a rescatar los activos depreciados que desequilibran las cuentas de los bancos⁵⁴⁰. En efecto, la incertidumbre sobre la evaluación y colocación de los activos deteriorados hacía que incluso, en aquel momento, no se hubiesen obtenido resultados positivos en la economía y que los efectos positivos de las medidas adoptadas hasta el momento se estuvieran diluyendo. Si bien los bancos habían reducido ya el valor de estos activos con el fin de equilibrar sus balances, ello no podía en sí solo resolver el problema en su conjunto, porque se mantenía la incertidumbre sobre su viabilidad lo que conducía consiguientemente a un mayor deterioro del crédito⁵⁴¹. La intervención de los Estados a este respecto resulta pues indispensable para la recuperación de la

⁵³⁹ V. las orientaciones que ofrece a este respecto la Comisión en el Anexo III de la Comunicación de Tratamiento de activos deteriorados, precitada.

⁵⁴⁰ La Comunicación va más allá en su objeto que señalar de qué manera han de tratarse dichos activos para que no se distorsionen las condiciones de competencia en el mercado. Al mismo tiempo precisa en qué medida el rescate de activos puede ayudar a garantizar la estabilidad financiera y sostener el préstamo bancario, y plantea consideraciones que han de tenerse en cuenta sobre la viabilidad del sector bancario y la sostenibilidad presupuestaria en el largo plazo. Según indica el coste de rescate de activos puede ser muy alto, de modo que puede llegar a comprometerse considerablemente la estabilidad de las finanzas públicas. V. Comunicación de 25 de febrero de 2009, precitada, pp. 5-12.

⁵⁴¹ Comunicación Tratamiento de activos deteriorados, precitada, p. 6.

confianza en los balances de los bancos y favorecer el flujo del crédito tanto interbancario como ordinario.

Por otro lado, si bien correspondía a los Estados decidir cómo proceder al rescate de los activos deteriorados, la Comisión apostaba por modelos híbridos de tratamientos de estos activos que combinaran su compra, la garantía sobre ellos, el canje o la gestión por una entidad independiente⁵⁴². La Comisión añadió que, si quizá la utilización de garantías y recapitalizaciones han sido abiertas con mayor flexibilidad a todos los bancos solicitantes de ayuda, debía hacerse un esfuerzo por limitar el tratamiento de activos deteriorados a los bancos de verdadera importancia sistémica por la carga presupuestaria que podría suponer potencialmente⁵⁴³. Al igual que en los casos anteriores, el establecimiento de metodologías de elegibilidad y evaluación comunes se exige por la necesidad de actuar coordinadamente a fin de evitar distorsiones en la competencia.

ii. Instituciones financieras beneficiarias

Las orientaciones se aplican a todos los bancos que tienen en sus cuentas activos deteriorados hasta finales de 2008, los cuales han de ser distinguidos nuevamente conforme a su perfil de riesgo y su proyección futura de viabilidad. Estos mismos

⁵⁴² Comunicación Tratamiento de activos deteriorados, precitada, p. 11. Habitualmente se utiliza el término de « Bad Banks » para referirse a los vehículos o instituciones que habrían de adquirir los activos tóxicos.

⁵⁴³ Comunicación Tratamiento de activos deteriorados, precitada, p. 12.

principios se aplican a los bancos transfronterizos cuando dos o más Estados miembros coordinan sus medidas⁵⁴⁴. La Comisión ha dejado a la discreción de los Estados miembros la posibilidad de requerir obligatoriamente que la participación en el programa sea obligatoria⁵⁴⁵ para evitar comportamientos especulativos.

iii. Principios comunes

Por lo que respecta a la evaluación de las medidas de rescate de activos a la luz de las disposiciones en materia de ayudas de Estado, los mismos principios enunciados en los apartados anteriores para las garantías y la recapitalización se aplican también en esta ocasión. En primer lugar, tales medidas han de ser necesarias y proporcionales, y deben minimizar en lo posible los falseamientos en la competencia. A este respecto, a fin de evitar que unos bancos se beneficien indebidamente frente a otros, los criterios de participación en un régimen de rescate de activos, la categorización de éstos y su valoración han de ser objetivos y estar claramente definidos⁵⁴⁶. Las limitaciones a la actividad comercial de las instituciones beneficiarias han de estar igualmente presente para evitar abusos y distorsiones en la competencia⁵⁴⁷.

⁵⁴⁴ Comunicación Tratamiento de activos deteriorados, precitada, p. 17.

⁵⁴⁵ Comunicación Tratamiento de activos deteriorados, precitada, p. 27.

⁵⁴⁶ Comunicación Tratamiento de activos deteriorados, precitada, p. 16.

⁵⁴⁷ Comunicación Tratamiento de activos deteriorados, precitada, p. 31.

iv. Principios específicos relativos al tratamiento de activos deteriorados

Por otro lado, otros principios que han de guiar la adopción de este tipo de medidas son los siguientes⁵⁴⁸ :

(1) *Obligación de transparencia y revelación plena de los activos deteriorados* que vayan a ser objeto de las medidas de rescate con el propósito de poder apreciar la verdadera necesidad de la medida y valorar al mismo tiempo las perspectivas futuras de recuperación de la viabilidad del banco. Ello implica una labor de identificación y evaluación previa de tales activos.

(2) Necesidad de valorar los activos deteriorados en términos reales, no sobre la base del valor de mercado –en la actualidad, virtualmente cero–. Tal valoración ha de ser realizada por expertos independientes y certificada por la autoridad supervisora correspondiente⁵⁴⁹. La diferencia entre el valor de mercado y el valor de rescate constituye el montante de la ayuda del Estado. La valoración particular ha de ser validada por la Comisión, que aplicará a estos efectos parámetros uniformes.

⁵⁴⁸ Además de estos principios, la Comunicación presenta una serie de metodologías tanto para saber cómo han de identificarse los activos elegibles, como han valorarse y cómo ha de determinarse la remuneración del Estado.

⁵⁴⁹ Esta valoración ha de realizarse conforme a los principios establecidos en la sección 5.5 de la Comunicación de Tratamiento de activos deteriorados, precitada.

(3) Adecuada distribución de los costes relaciones con los activos deteriorados entre los accionistas, los acreedores y los accionistas. El coste que ha de soportar el banco corresponde con la diferencia del valor contable del activo y el valor de traspaso al Estado. Recordemos que el valor de traspaso menos el valor de mercado es el montante de la ayuda.

(4) Adecuada remuneración al Estado, que evite la generación de incentivos para acudir al tratamiento de activos en el futuro.

(5) La gestión de los activos deteriorados debe llevarse a cabo de forma separada a los activos ordinarios, de modo que se eviten conflictos de intereses y se intente maximizar su valor a lo largo del periodo de gestión.

(6) Obligación de notificar a la Comisión la metodología de valoración para los bancos la cual ha de ser evaluada por la Comisión.

(7) La ventana de participación en el programa no puede superar el plazo de 6 meses con el objetivo de no incentivar la especulación. Pasado este plazo, la participación en el programa ha de ser posible solamente en situaciones extraordinarias.

g) Comunicación de 23 de julio de 2009 (Reestructuración)

i. Planteamiento

De acuerdo con la estrategia de la Comisión, las medidas de intervención descritas en las tres primeras comunicaciones, esto es, las garantías, la recapitalización y el tratamiento de activos deteriorados, dejaron patente desde un principio que se trataba de instrumentos eficaces para hacer frente a las dificultades de las instituciones financieras en la coyuntura presente. Todos ellos eran, además, susceptibles de ser puestos en marcha en el plazo más inmediato.

Sin embargo, la acción de la Comisión no ha concluido con estas iniciativas y ha exigido a los bancos beneficiarios, no ya solamente una contribución significativa al pago de la ayuda, tal y como se ha descrito en un apartado precedente, sino también reformas estructurales acordes con la cantidad de ayuda recibida. Si las tres comunicaciones anteriores estaban dedicadas a describir los requisitos que las medidas de ayuda debían respetar para que fuera declarada su compatibilidad con el mercado común, la presente Comunicación detalla la características específicas que ha de poseer un plan de reestructuración, o, en su caso, un plan de viabilidad, en el marco específico de las ayudas estatales concedidas sobre la base del artículo 107, apartado 3, letra b), del Tratado.

Cabe señalar que la exigencia de la reestructuración de las entidades financieras no deriva exclusivamente de la Comunicación de 23 de julio de 2009. Al contrario, la reestructuración hace parte de la esencia del régimen antiguo relativo a las ayudas a empresas en dificultades. Está destinada a reestablecer la viabilidad de las entidades bancarias en el largo plazo, en particular, y del sector financiero de la Unión Europea, en general, así como a mantener unas condiciones competitivas equitativas para todas las entidades y a evitar el fraccionamiento del mercado interior.

Por otro lado, la idea de la reestructuración ha estado presente en las tres primeras comunicaciones publicadas por la Comisión para establecer los criterios de aplicación de las normas de la Unión Europea sobre competencia a las ayudas concedidas a las entidades financieras durante la presente crisis. Con todo, la Comisión hizo esperar durante seis meses la publicación de una comunicación específica que diera mayores indicaciones sobre cómo llevar a cabo el retorno a la viabilidad y la asistencia a las medidas de reestructuración en el sector financiero en el contexto de la presente crisis bajo las reglas de las ayudas de Estado⁵⁵⁰.

ii. La nueva aproximación en la reestructuración

La Comunicación Reestructuración ajusta la práctica tradicional de la Comisión, desarrollada al amparo de las Directrices relativas al salvamento y a la reestructuración de empresas en dificultades, de la siguiente manera:

⁵⁵⁰ Comunicación Reestructuración, precitada, p. x.

(1) El *tipo de información* que será necesaria para determinar si las medidas de reestructuración propuestas son aptas para restaurar un banco de viabilidad a largo plazo será distinto. Esto significa que el plan de reestructuración deberá incluir un diagnóstico exhaustivo de los problemas de la institución financiera en cuestión, incluyendo un « stress test » y, cuando proceda, información sobre el tratamiento de los activos deteriorados. Esta información es necesaria para elaborar estrategias sostenibles para el retorno a la viabilidad.

(2) Teniendo en cuenta el objetivo primordial de la estabilidad financiera y las difíciles perspectivas económicas imperantes en toda la UE, la Comisión prestará especial atención a garantizar un *calendario suficientemente flexible y realista* de las medidas de reestructuración necesarias. La puesta en práctica del plan de reestructuración podría durar hasta cinco años, en comparación con la práctica habitual de dos a tres años. Esto permitiría fundamentalmente disponer de más tiempo para la finalización de algunas de las medidas estructurales sobre todo para evitar deprimir los mercados a través de la venta precipitada de activos.

(3) La contribución del banco a los costes de reestructuración podría, a la luz de una evaluación que ha de llevarse a cabo de manera casuística, ser inferior al umbral del 50% fijado en las Directrices de salvamento y reestructuración. Esto permitiría tener en cuenta las dificultades para acceder a capital privado en el contexto actual. Cuando un reparto significativo de la carga de la ayuda no fuera

posible de inmediato debido a las circunstancias del mercado en el momento del rescate, esta cuestión tendría que ser abordada en una etapa posterior de la aplicación del plan de reestructuración.

(4) Las medidas destinadas a limitar las distorsiones de la competencia deben ser diseñadas con el objetivo primordial de restablecer la viabilidad a largo plazo del sector financiero, limitando al mismo tiempo una desventaja para otros bancos. Cuando la aplicación inmediata de medidas estructurales, no fuera posible debido a las circunstancias del mercado (por ejemplo, cuando la búsqueda de compradores para los activos objeto de la desinversión fuera objetivamente difícil), la Comisión podría extender el plazo para la aplicación de estas medidas. Salvaguardias intermedias de actuación han de ser puestas en marcha cuando sea necesario.

(5) La Comisión no necesariamente aplicará el principio de oportunidad única de las ayudas de reestructuración a los bancos en tiempos de crisis, lo que refleja entre otras cosas, la incertidumbre sobre las perspectivas de recuperación.

iii. Instituciones financieras obligadas a presentar un plan de reestructuración

Las comunicaciones anteriores de la Comisión sobre ayudas de rescate para el sector bancario detallaron ya cuándo un banco debe presentar un plan de reestructuración. La Comunicación Reestructuración no ha introducido cambios en este ámbito.

En particular, un Estado miembro debe notificar a un plan de reestructuración a la Comisión donde se ha recapitalizado un banco en dificultades o cuando un banco, en relación con la crisis, ha recibido una ayuda, a excepción de la participación en un régimen de garantía, superior al 2% del total activos ponderados por riesgo del banco.

Por el contrario, de conformidad con esas mismas comunicaciones (en particular con el apartado 40 de la Comunicación sobre la recapitalización y con el anexo V de la Comunicación sobre los activos deteriorados), en los casos en que se conceda una ayuda de cuantía limitada a un banco sólido, los Estados miembros tendrán que presentar un informe a la Comisión sobre la utilización de los fondos estatales, incluida toda la información necesaria para evaluar la viabilidad del banco, la utilización del capital recibido y la senda para abandonar la dependencia del capital público. El estudio de viabilidad debe establecer el perfil de riesgo y certificar la adecuación previsible del capital de estos bancos, así como evaluar sus planes de negocio.

iv. Iniciativa del plan de reestructuración

Ahora bien, la cuestión de cómo determinar cuándo una ayuda reestructuración ha de ser acometida también es relevante.

La Comisión no impone ninguna medida de reestructuración concreta y tampoco rechaza ningún modelo de plan de negocios. El punto de partida del análisis es siempre el plan de reestructuración presentado por el Estado miembro.

La Comisión ha enfatizado que, en las circunstancias actuales, las instituciones financieras han de reestructurarse de acuerdo a los imperativos del mercado. La Comisión sólo podría entrar en este proceso impulsado por el mercado cuando existan bancos que se beneficien de las ayudas estatales. Esta ayuda da a los bancos beneficiarios una ventaja competitiva que sólo puede aceptarse si se toman las medidas necesarias para restaurar su viabilidad y demostrar que son capaces de permanecer en el mercado sin apoyo estatal continuado.

Incluso en estos casos, la Comisión nunca se dictaría a los bancos cómo reestructurar. La Comunicación sólo se describe la información que la Comisión necesita para evaluar si un banco se encuentra en la senda de la viabilidad futura o no. Según la Comisión, la prioridad principal en el momento de examinar la reestructuración de una entidad bancaria es la de verificar que ésta pueda desarrollar su actividad de manera rentable sin el apoyo de los fondos públicos. Los criterios de referencia utilizados para determinar la viabilidad a largo plazo pueden abocar a soluciones diferentes según los bancos, soluciones que pueden ir de una reestructuración limitada sin desinversiones hasta una liquidación ordenada de las entidades inviables.

v. La reestructuración y el mercado interior

Dependiendo de los problemas particulares de cada institución financiera, la reestructuración de sus operaciones para que devengan viables en el largo plazo podría implicar centrarse en su negocio principal. Sin embargo, lo anterior no quiere decir que su actividad principal deba restringirse a las fronteras nacionales. Actividad principal está definida por las necesidades de viabilidad de cada banco en particular. De esta manera, la Comisión pretende evitar que, a la hora de diseñar la reestructuración, no se perjudique la integridad del mercado interior y el desarrollo de las funciones de las instituciones financieras en todo el territorio de la Unión Europea.

La Comunicación hace hincapié en que la ayuda estatal puede resultar en el cambio de una parte desproporcionada de la carga del ajuste estructural a los demás Estados miembros, la creación de barreras de entrada y el perjuicio a los incentivos para las actividades transfronterizas. Esta es una de las razones por las reestructuración debe ir acompañada de medidas efectivas y proporcionadas que limitan tales distorsiones de la competencia.

La Comisión vería positivamente las medidas estructurales que se tomaron, sin discriminación entre empresas de diferentes Estados miembros, contribuyendo así a la preservación de un mercado único de servicios financieros. En este contexto, la

Comisión se compromete a encuadrar positivamente en particular las medidas que contribuyen a los mercados nacionales restantes abiertos y competitivos.

vi. Prevención de los efectos en la competencia

Todo plan de reestructuración debe ser acompañado de una serie de propuestas destinadas a moderar el falseamiento de la competencia. A la luz de las circunstancias del mercado en cada caso y la magnitud de la intervención estatal, las medidas para limitar el falseamiento de la competencia pueden consistir, a título de ilustración, en desinversiones, limitaciones temporales a la adquisición por los beneficiarios u otras normas de conducta.

Además, la Comunicación Reestructuración impone que las ayudas no puedan más que cubrir los costes imperiosos para devolver la viabilidad a la entidad financiera sin que puedan alcanzar una cuantía tal que puedan ser utilizadas para financiar actividades que distorsionen el mercado y no estén vinculadas al proceso de reestructuración. la exigencia de limitaciones en el comportamiento de las entidades beneficiarias en aspectos tales como la contención a la expansión del banco en determinados negocios o zonas geográficas de que las ayudas puedan ser aprovechadas para adquirir empresas competidoras durante un período equivalente hasta el final del período de reestructuración, al menos, en tres años.

4. EL FONDO DE REESTRUCTURACIÓN ORDENADA BANCARIA (FROB) Y LA DECISIÓN DE LA COMISIÓN SOBRE SU COMPATIBILIDAD CON EL MERCADO INTERIOR

A. Noción y régimen jurídico

El marco normativo descrito en el apartado anterior constituye la base sobre la cual se ha diseñado y adoptado en España el régimen jurídico y los criterios de actuación del denominado Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (en adelante, « FROB »). La compatibilidad de este régimen con el artículo 107, apartado 3, letra b), del Tratado ha sido declarada por la Comisión en su decisión de 28 de enero de 2010⁵⁵¹. El FROB constituye la mejor ilustración a los fines de exponer cómo se han articulado en la práctica los principios y criterios establecidos por la Comisión para el sector financiero en las comunicaciones examinadas en el epígrafe anterior.

El régimen jurídico del FROB se encuentra recogido en el Real Decreto-Ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito⁵⁵². Éste ha sido posteriormente modificado por el Real Decreto-Ley 6/2010⁵⁵³ y por el Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio⁵⁵⁴. Su

⁵⁵¹ Decisión de la Comisión.

⁵⁵² Real Decreto-Ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito, disponible en <http://frob.es/legislacion/docs/RD-ley%209-2009.pdf>.

⁵⁵³ Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo (medidas referidas al sector financiero).

Comisión Rectora⁵⁵⁵ ha sido la encargada de desarrollar los criterios y condiciones a los que se ha ajustado su actuación hasta el momento⁵⁵⁶.

El FROB tiene por objeto gestionar los procesos de reestructuración de entidades de crédito y contribuir a reforzar los recursos propios de las mismas fundamentalmente de las entidades esencialmente sólidas, de modo que éstas puedan incrementar su capacidad de financiación de la economía⁵⁵⁷. Se encuadra, por ello, dentro de la

⁵⁵⁴ Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorro.

⁵⁵⁵ Excede los propósitos de nuestra análisis desarrollar la arquitectura institucional del FROB. En cualquier caso, conviene apuntar que, con arreglo al artículo 3, párrafo primero, del Real Decreto-Ley 9/2009, el FROB está regido y administrado por una Comisión Rectora integrada por nueve miembros nombrados por el Ministro de Economía y Hacienda, de los cuales dos lo serán en representación del Ministerio de Economía y Hacienda, uno de ellos de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos y otro de la Secretaría de Estado de Economía, cuatro lo son a propuesta del Banco de España, entre los que se encuentra su Subgobernador y tres en representación de los Fondos de Garantía de Depósitos.

⁵⁵⁶ Véanse sendos Acuerdo de 29 de enero y de 27 de julio de 2010, relativos a los criterios y condiciones a los que se ajustará la actuación del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria en los procesos de integración de entidades de crédito previstos en el artículo 9 y el artículo 10 del Real Decreto-Ley 9/2009, de 6 de junio, disponible en <http://www.frob.es/notas/Criterios%20y%20condiciones%20FROB%20prot.pdf>.

⁵⁵⁷ Artículo 1, apartado 2, del Real Decreto-Ley 9/2009. A modo de ilustración, conviene destacar que, con el apoyo del FROB y bajo las condiciones del régimen aprobado se han producido hasta el 30 de junio de 2010, siete procesos de integración (mediante fusiones y sistemas institucionales de protección “SIP”) entre 25 cajas de ahorros. Dichos procesos de integración recibieron un apoyo superior a los 10 mil millones de Euros. V. la nota informativa del Banco de España sobre la reestructuración de las Cajas de Ahorros españolas. Esta nota describe el esquema de reestructuración y las razones que lo han hecho necesario así como las

categoría de regímenes abiertos de recapitalización examinados anteriormente. Su creación está destinada a prestar apoyo público a la consolidación del sector bancario español, mediante el reforzamiento de los márgenes de capital de las entidades de crédito⁵⁵⁸. La última modificación del Real Decreto-Ley 9/2009 ha introducido un nuevo artículo 10 que habilita al FROB a realizar operaciones de reforzamiento de recursos propios de entidades individuales con buena salud financiera no necesariamente resultantes de procesos de integración. Este supuesto se añade al ya previsto en el artículo 9 de la norma que permite el reforzamiento por el FROB de los recursos propios de entidades en buenas condiciones resultantes de este tipo de procesos.

La acción del FROB estuvo inicialmente prevista hasta el 30 de junio de 2010. En un momento posterior, la actuación del FROB fue prorrogada una vez que esta decisión fue autorizada por la Comisión⁵⁵⁹.

características y alcance del mismo. Se encuentra disponible en <http://frob.es/notas/nota%20bde%2030%20junio%202010prot.pdf>.

⁵⁵⁸ V. el preámbulo del Real Decreto-Ley 9/2009, de 26 de junio.

⁵⁵⁹ Decisión de la Comisión de 23 de julio de 2010, State aid N 317/2010 – *Spain, Extension of the recapitalisation measures in favour of the banking sector in Spain*. V. la nota de prensa de 23 de julio de 2010, IP/10/997, titulado « Ayudas estatales: La Comisión aprueba la prórroga de medidas de apoyo a la banca en Portugal y España », disponible en <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/997&format=HTML&aged=1&language=ES&guiLanguage=en>

Por otro lado, el FROB tiene personalidad jurídica y plena potestad pública y privada para llevar a cabo sus objetivos. Se encuentra financiado mediante una dotación mixta a cargo de los Presupuestos del Estado y del Fondo de Garantía de Depósitos de los bancos comerciales, las cajas de ahorro y las cooperativas de crédito⁵⁶⁰. Su dotación inicial fue de 9.000 millones de euros, de los cuales, 6.750 procedían de los Presupuestos del Estado y 2.250 millones del Fondo de Garantía de Depósitos⁵⁶¹. Adicionalmente, para el cumplimiento de sus fines, el FROB puede captar financiación ajena en los mercados de valores y de crédito con garantía del Estado por importe de hasta 10 veces su dotación⁵⁶².

El Real Decreto-Ley 9/2009 está compuesto por tres unidades normativas diferentes: el primero se encuentra integrado por los preceptos dedicados a regular el denominado FROB; la segunda está dedicada a los procesos de reestructuración de entidades de crédito; el tercero, se refiere a las medidas de reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito.

En fin, la configuración del FROB el Real Decreto-Ley 9/2009 se inspira estrechamente en las comunicaciones de la Comisión a las que nos hemos referido anteriormente, y así lo hace constar en numerosas partes de su articulado. En particular, por lo que se refiere a la reestructuración bancaria, su Título I, relativo a

⁵⁶⁰ Artículo 2, apartado 2, del Real Decreto-Ley 9/2009.

⁵⁶¹ V. el preámbulo del Acuerdo de 29 de enero de 2010 de la Comisión Rectora del FROB, precitado.

⁵⁶² Artículo 2, apartado 5, del Real Decreto-Ley 9/2009.

los Procesos de reestructuración de entidades de crédito, tiene presentes las pautas marcadas por la comunicación de la Comisión, como es la de que, la aportación de recursos del FROB no podrá llevarse a cabo si no es tras la previa existencia de un plan de reestructuración aprobado por los órganos de la entidad beneficiaria o el elaborado por el FROB si hubiera sido designado un administrador de la entidad⁵⁶³.

A continuación exponemos los extremos más destacados del Real Decreto-Ley 9/2009, de 26 de junio, tal y como han sido retomados por la Comisión en su decisión de compatibilidad con el mercado común.

B. Entidades de crédito beneficiarias

Las beneficiarias de las medidas de intervención del FROB son las entidades bancarias con sede en España. Éstas pueden ser, atendiendo a la distinción establecida por la Comisión en su marco normativo, entidades esencialmente sólidas o entidades con problemas estructurales. Ambas pueden acogerse al régimen previsto en el Decreto-Ley 9/2009. Ahora bien, las primeras no han de acometer más que un proceso de integración con otras entidades de crédito, esto es, una

⁵⁶³ Por otro lado, conviene añadir que el Real-Decreto Ley da continuidad al marco normativo vigente en España relativo a la resolución de las situaciones de crisis de las entidades de crédito. Su aprobación no ha supuesto, por tanto, una derogación de los mecanismos existentes para este tipo de situaciones, lo cuales ha sido tradicionalmente articulados sobre la base de los Fondos de Garantía de las Entidades de Crédito.

reestructuración de menor envergadura⁵⁶⁴. En cambio, las segundas han de someterse a una reestructuración de mayor envergadura, que puede llevar consigo incluso la intervención del FROB, el relevo de los administradores y otras medidas contundentes.

Según el régimen establecido, las entidades beneficiarias son fundamentalmente sólidas cuando se cumplen las condiciones acumulativas siguientes⁵⁶⁵:

(1) En primer lugar, según el Banco de España, no presenten ninguna debilidad que pueda poner en peligro su viabilidad en función de la evolución de los mercados financieros.

(2) En segundo lugar, el coeficiente resultante de dividir entre los activos ponderados por riesgo la suma del capital social, o los fondos fundacionales y las cuotas participativas o las aportaciones al capital social más las reservas y las provisiones genéricas habrá de ser, al menos, del 6%.

(3) El importe de la inyección del capital del FROB no supera el 2% de los activos ponderados por riesgo. Sin embargo, en algunas circunstancias, este umbral puede

⁵⁶⁴ Artículo 9.1 del Real Decreto-Ley 9/2009.

⁵⁶⁵ Acuerdo de 29 de enero de 2010 de la Comisión Rectora del FROB, precitado, norma segunda.

rebasarse si la cantidad adicional de capital guarda relación con los costes de la integración entre bancos para lograr una mayor eficiencia⁵⁶⁶.

C. Títulos suscritos por el FROB

Según se desprende de la decisión de la Comisión, los títulos suscritos por el FROB constituyen participaciones preferentes convertibles con carácter perpetuo, y forman parte de los recursos propios básicos de la entidad beneficiaria. Los intereses abonados por los títulos suscritos por el FROB no son acumulativos y su devengo está condicionado a la existencia y a la cuantía de los beneficios susceptibles a distribución que obtenga la entidad beneficiaria.

La entidad beneficiaria se compromete a recomprar los títulos suscritos por el FROB en cuanto le sea posible a partir de la fecha de emisión. Transcurridos cinco años, los títulos suscritos por el FROB tendrán que ser objeto de recompra o convertidos en acciones ordinarias de la entidad financiera.

⁵⁶⁶ Estas circunstancias excepcionales son: a) rebaja de la calificación crediticia y encarecimiento consiguiente del coste de la financiación; b) costes de desinversión relacionados con la duplicidad de las instalaciones o el rediseño de los modelos de negocio; y c) ineficiencias debidas al proceso de reestructuración.

D. Remuneración por la suscripción

Por otro lado, el Real Decreto-Ley establece normas específicas relativas a las características de los títulos a suscribir por el FROB y su remuneración. En esencia, la remuneración de los títulos suscritos por el FROB habrá de ser igual a la menor de las siguientes opciones:

(1) *Rentabilidad anual del 7,75%;*

(2) *Rentabilidad de los bonos del Tesoro emitidos por el Reino de España con vencimiento a 5 años más un diferencial de 500 puntos básicos.*

Como cláusula de ajuste al alza, la remuneración prevista en los dos puntos anteriores tendrá que ser incrementada cada año en 15 puntos básicos desde el primer año de emisión hasta el quinto año. En el caso de los títulos suscritos por el FROB que no hayan sido objeto de recompra transcurridos cinco años, la remuneración se incrementará anualmente en 100 puntos básicos adicionales en los años sexto y séptimo respectivamente.

E. Reestructuración y salvaguardias de comportamiento

Las entidades beneficiarias deben comprometerse a:

(1) *no llevar a cabo planes de expansión no orgánica ;*

(2) *no utilizar la circunstancia de haber ser acogido al Régimen con fines comerciales o publicitarios, ni llevar a cabo estrategias comerciales agresivas.*

(3) *ajustar la retribución de sus altos directivos a la normativa comunitaria aplicable y a los criterios señalados en la Recomendación de la Comisión de 30 de abril de 2009, sobre las políticas de remuneración en el sector de los servicios financieros*⁵⁶⁷.

(4) *no repartir dividendos que excedan del 30% de los beneficios o, en el caso de las cajas de ahorro, no acordar dotaciones a la obra benéfico-social que excedan dicho porcentaje salvo en lo que sea necesario para cumplir compromisos adquiridos.*

En los casos en que el FROB haya suscrito valores por encima del 2% de una institución beneficiaria que se considera, no obstante, como esencialmente sólida, los siguientes compromisos adicionales serán necesarios:

⁵⁶⁷ DO L 120, p. 4..

(1) *desinversión* de al menos 10% de su capacidad instalada;

(2) *abstenerse de aumentar el número de sucursales* en España;

(3) *abstenerse de pagar dividendos* o, en el caso de las cajas de ahorros, a no distribuir cualquier cantidad la "Obra Benéfico-social" para los nuevos proyectos,

(4) mantener la *relación entre la productividad del personal* de la red de sucursales y los *servicios centrales* durante los próximos cinco años.

En segundo lugar, en los casos en los que el FROB suscriba títulos de entidades beneficiarias que no sean fundamentalmente sólidas, se exigirán los siguientes compromisos adicionales:

(1) *desinversión* de al menos el 20% de la capacidad instalada.

(2) Pasados tres años desde la suscripción de los títulos por e FROB, el *balance agregado de la entidad beneficiaria no podrá ser superior al 95% de la suma de los balances individuales* de las entidades de crédito que participaron en la fusión

(3) No remunerar instrumentos híbridos pendientes a menos que así lo imponga una obligación jurídica.

Finalmente, de acuerdo con la Norma novena de la propuesta de Resolución del FROB, en cuanto una entidad beneficiaria proceda a la recompra de los títulos suscritos por el FROB, éste podrá exonerarla gradualmente del cumplimiento de los compromisos y de ciertas salvaguardas.

F. Procedimiento

Resulta interesante comprobar el procedimiento previo a la recapitalización de una determinada entidad. El Banco de España ha de evaluar el perfil de riesgo de la entidad beneficiaria y comunicarlo al FROB. Por su parte, el FROB ha de comunicar los resultados de dicha evaluación a la Comisión para que ésta última establezca la situación de la entidad en particular y extraiga las conclusiones oportunas. Entre estas conclusiones puede encontrarse la de la necesidad de someter un plan de reestructuración, la de remunerar a un precio más oneroso los títulos del FROB o la de respetar las limitaciones impuestas a la conducta empresarial de las institución financiera beneficiaria. Además, el FROB guarda una obligación de información semestral con la Comisión sobre la aplicación del régimen contenido en el Real Decreto-Ley 3/2009

Para poder acogerse al régimen del FROB, las entidades beneficiarias han de establecer un plan de viabilidad en donde deben constar las propuestas y

compromisos concretos que habrán de asumir con el objetivo de conseguir una mayor solvencia y eficiencia. Este plan ha de ser aprobado por el Banco de España.

Además, la comunicación a la Comisión ha de llevarse a cabo de manera casuística, notificando de forma simultánea las condiciones de la operación de suscripción de las participaciones preferentes y el detalle del plan de integración de la entidad, alienado con las reglas contenidas en la Comunicación de la Comisión sobre la evaluación de las medidas de reestructuración del sector financiero.

En los casos en que el FROB tenga intención de suscribir títulos por encima del 2% de los activos ponderados por riesgo de entidades beneficiarias que no sean fundamentalmente sólidas, se establece la obligación de notificación de las condiciones de recapitalización a título individual y el plan de reestructuración de la entidad que recibe la ayuda de manera conforme con lo dispuesto en la Comunicación Reestructuración.

G. Mecanismos en caso de incumplimiento de la obligación de recompra

El Régimen prevé una sanción para aquellas entidades bancarias que no cumplan con las salvaguardias previstas en el apartado anterior. La remuneración de los títulos suscritos por el FROB en estos casos se incrementará en 200 puntos básicos.

Por otro lado, si el Banco de España considerase improbable la recompra de los títulos a la vista de la situación de la entidad beneficiaria, el FROB podrá convertir los títulos que haya suscrito en acciones ordinarias (o valores equivalentes) de dicha entidad en cualquier momento.

Si producida la conversión, la entidad beneficiaria se encuentra en una situación de debilidad, se aplicará el proceso de reestructuración y el FROB será designado administrador provisional de la entidad beneficiaria y, en el plazo de un mes, someterá al Banco de España un plan en el que se especificará el curso de acción propuesto para la entidad, que conllevará su fusión o absorción por otra entidad de crédito o el traspaso parcial o total de su negocio a otras entidades de crédito.

El FROB habrá de comunicar a la Comisión la conversión de los títulos que el suscriba en acciones ordinarias (o valores equivalentes), y tendrá que suministrarle toda la información pertinente sobre la situación de la entidad bancaria en el momento de la conversión y las intenciones del FROB respecto a las acciones.

Respecto a la remuneración, según el Real Decreto-Ley 9/2009, las participaciones preferentes que vaya a suscribir el Fondo en apoyo de un proceso de integración han de tener una remuneración que deberá ser, como mínimo, la menor de las siguiente: a) 7,75% anual, o b) la rentabilidad de los bonos emitidos por el Banco de España con vencimiento a 5 años más un diferencial de 500 puntos básicos. Esta

remuneración se incrementará en 15 puntos básicos cada aniversario desde la suscripción de los valores en cuestión.

H. Compatibilidad con el marco de excepción de la Comisión

De este modo, el Real Decreto-Ley respeta la esencia de las comunicaciones de la Comisión en los términos siguiente⁵⁶⁸: por un lado, exige una reestructuración de gran envergadura, que puede eventualmente suponer la remoción de los administradores y otras medidas de carácter extraordinario, para las entidades que no puedan garantizar una viabilidad, y, por otro lado, un plan de integración, esto es una reestructuración de menor alcance para las entidades que deseen mejorar sus recursos propios y que no se encuentren en tal situación de debilidad.

La relación entre el Real Decreto-Ley y las comunicaciones europeas se evidencia también en el artículo 9, apartado 3, letra a), que se refiere a los instrumentos financieros para el reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito. De acuerdo con este precepto, « los términos y condiciones de la retribución de las participaciones preferentes tendrán en cuenta, en todo caso, los principios que se establezcan por la Comisión ».

El FROB hace hincapié igualmente, al igual que las comunicaciones antes señaladas, en el carácter temporal necesario que ha de atribuirse a las ayudas

⁵⁶⁸ URÍA, F., precitado, p. 103.

destinadas a las instituciones financieras. En particular, el Real Decreto-Ley establece un plazo de recompra de cinco años desde su recepción. En caso de que no se cumpla con esta condición y no se produzca la recompra, se determina que se producirá una conversión en acciones, en cuotas participativas o en aportaciones sociales del emisor. Este plazo de recompra de las participaciones podría prorrogarse por dos años más en circunstancias excepcionales. Según se ha señalado⁵⁶⁹, la limitación temporal en la eficacia de las ayudas viene complementada por el hecho de que la autorización de la Comisión a este mecanismo de apoyo a los procesos de integración quedó limitada hasta el 30 de junio de 2010. No obstante, este régimen se ha prorrogado más allá de esta fecha por decisión de la Comisión

I. Conclusión

A la luz de lo anteriormente explicado, la limitación en el volumen de las ayudas concedidas, las limitaciones y las condiciones financieras que se establecen en estos criterios y condiciones de actuación del FROB, el contexto de los procesos de integración, ponen de manifiesto que, en el ordenamiento español, se han adoptado los criterios descritos por la Comisión para la evaluación de las ayudas públicas de recapitalización al sector financiero con el objetivo de minimizar las distorsiones en la competencia de la competencia. La preocupación respecto a los efectos en la competencia ha basculado, sin embargo, hacia el control de concentraciones por lo

⁵⁶⁹ URÍA, F., precitado, p. 103.

que respecta a los procesos de integración que pueden llevarse a cabo conforme al Título II del Real Decreto-Ley 9/2009.

5. LOS NUEVOS COMPROMISOS DEL PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN POR PARTE DE LA COMISIÓN Y SUS RIESGOS

La crisis financiera y económica no solamente ha supuesto el replanteamiento de las reglas sustantivas del régimen comunitario de ayudas de Estado. También ha afectado de manera significativa al desarrollo del procedimiento de evaluación de las medidas notificadas. Ello ha sido consecuencia del gran número de notificaciones que ha recibido la Comisión en los últimos siete meses y de la urgencia de tratamiento que han requerido las medidas notificadas debido a su alta trascendencia económica y política. En estas circunstancias, la Comisión ha intensificado sus labores de control y ha acomodado el procedimiento convencional de evaluación a una serie de principios que van encaminados a agilizar y flexibilizar la toma de decisiones. Para esta tarea, se ha creado además un equipo especializado dentro de la Dirección General de Competencia⁵⁷⁰, el cual, según indica la Comisión, puede resolver en un plazo de 24 horas mediando incluso fines de semana⁵⁷¹.

Por regla general, el tratamiento de cualquier medida de ayuda notificada a la Comisión supone, cuanto menos, un examen preliminar que, de conformidad con el

⁵⁷⁰ La descripción de las funciones de esta unidad especial está disponible en http://ec.europa.eu/competition/contacts/stateaid_mail.html#crisisteam

⁵⁷¹ Comunicación Bancaria, precitada, p. 53.

artículo 4, apartado 5, del Reglamento (CE) nº 659/1999, de 22 de marzo de 1999, relativo a las modalidades de aplicación del artículo 93 TFUE [actual artículo 88] (en adelante, « Reglamento (CE) nº 659/1999 »)⁵⁷², puede extenderse hasta dos meses desde la fecha de la notificación. A éstos, han de añadirse otros 18 meses si la Comisión decide abrir el procedimiento de investigación formal en virtud del artículo 7, apartado 6, del Reglamento (CE) nº 659/1999⁵⁷³. Por lo que respecta a las empresas en dificultades, las Directrices sobre ayudas de salvamento y reconstrucción reducen estos plazos a un mes cuando se trate de la evaluación de una ayuda de salvamento que no exceda de los diez millones de euros⁵⁷⁴.

En el contexto de crisis, en cambio, los periodos anteriores se han reducido muy significativamente. A modo de ilustración, puede destacarse los primeros casos analizados por la Comisión en otoño de 2008. En el caso Fortis⁵⁷⁵, la Comisión decidió en un solo día sobre la compatibilidad con el mercado común de la medida notificada por el gobierno belga, al igual que en el caso Bradford & Bingley⁵⁷⁶. Por su parte, el caso Nord LB⁵⁷⁷ fue decidido durante un fin de semana y el caso Hypo Real Estate⁵⁷⁸ fue aprobado en dos días laborables. Si bien la media de tratamiento

⁵⁷² DO L 83, p. 1.

⁵⁷³ V. también el artículo 88, apartado 2, TFUE.

⁵⁷⁴ Directrices comunitarias sobre ayudas de salvamento y reestructuración, precitadas, p. 30.

⁵⁷⁵ Decisión de 19 de noviembre de 2008, NN 574/2008, Fortis I.

⁵⁷⁶ Decisión de 1 de octubre de 2008, NN41/2008, Bradford&Bingley.

⁵⁷⁷ Decisión de 22 de diciembre de 2008, N 655/2008, NordLB.

⁵⁷⁸ Decisión de 2 de octubre de 2008, NN 44/2008, HRE.

de los casos de ayuda a instituciones financieras se ha situado en el mes de duración, todavía se trata de periodos muy reducidos si los comparamos con la media habitual de tratamiento de asuntos cotidianos⁵⁷⁹. Por otro lado, resulta destacable que, de todos los casos que hasta el momento se han planteado, solamente seis han llevado a la Comisión a abrir un procedimiento de investigación formal⁵⁸⁰.

La reducción de los plazos de evaluación se debe en mucho a la adopción de lo que se ha denominado el fast track procedure⁵⁸¹ configurado por una serie de principios que favorecen la flexibilización del tratamiento de las medidas notificadas. En primer lugar, a esta flexibilización ha contribuido la estrecha cooperación entre la Comisión y los Estados miembros que ha permitido a ambos ir diseñando conjuntamente la medida en particular de modo que pueda ser incluso reconducida hacia un reglamento de exención⁵⁸². En segundo lugar, la simplificación del procedimiento de consulta en la Dirección General de Competencia y de los requisitos lingüísticos también han permitido a la Comisión deshacerse de formalidades duraderas que restan eficacia a su acción. Entre otros aspectos, la Comisión y los Estados miembros llegaron al acuerdo de que la notificación se haría en una de las lenguas de estudio de la Comisión. Por último, ha sido muy destacable la decisión de autorizar a los comisarios de competencia, mercado interior y asuntos

⁵⁷⁹ Informe de la Comisión de 8 de abril de 2009, precitado, p. 6.

⁵⁸⁰ V. *infra* el apartado « La práctica de la Comisión ».

⁵⁸¹ SOLTÉSZ, U., « *Fast track* state aid investigations in times of financial crisis », *Belgian Competition Journal*, 2008, p. 1.

⁵⁸² Comunicación Bancaria, precitada, p. 53.

económicos para decidir, junto con el presidente de la Comisión, sobre las medidas de emergencia sin tener que acudir al Colegio de Comisarios tal y como se hace habitualmente.

En parte, la rapidez con que la Comisión está adoptando las decisiones de compatibilidad de las medidas de ayuda a las instituciones financieras –las cuales, tienen una complejidad técnica innegable–, está basada en la obligación de revisión futura a la que están sometidas todas ellas de conformidad con las tres comunicaciones publicadas por la Comisión. Como hemos tenido ocasión de observar, uno de los aspectos en que más insiste la Comisión en su marco de evaluación es en el del establecimiento de periodos de revisión cada cierto tiempo. Por esta razón, si bien ahora la Comisión está adoptando medidas con carácter urgente, la revisión de todas ellas, que habrá de llevarse a cabo una vez pasados seis meses desde su adopción, le dará la ocasión de reexaminarlas con más detenimiento y comprobar si se ajustan a sus propósitos.

Ha de destacarse que, antes de la crisis, la Comisión había estado trabajando en el recientemente publicado Paquete de Simplificación de las decisiones en materia de ayudas de Estado, el cual, se compone del Código de buenas prácticas y de la Comunicación de la Comisión sobre el procedimiento simplificado⁵⁸³. Los dos

⁵⁸³ V. la nota de prensa de 29 de abril de 2009, IP/09/659. El texto de la Comunicación de la Comisión, que todavía no ha sido publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, se encuentra disponible en http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/notice_simplified_procedure_en.pdf. El

textos pretenden agilizar la tramitación de los distintos tipos de procedimiento de ayudas estatales y mejorar la práctica de dichos procedimiento en favor de la eficacia, la transparencia y la previsibilidad. Entre otras medidas, enfatiza la necesidad de cooperación entre las autoridades nacionales y la Comisión, para evitar cargas excesivas a lo largo del procedimiento administrativo. Así, en cierta medida, estas reformas están siendo testadas y llevadas incluso a sus últimas consecuencias en el contexto de la crisis actual. Se mantienen aún así dos diferencias importantes entre el procedimiento simplificado y el procedimiento de crisis⁵⁸⁴. Como es evidente, el primero se aplica a casos estándares sobre los que puede dictarse una decisión directa basada en la experiencia reiterada de la Comisión o la jurisprudencia constante comunitaria. En segundo lugar, el procedimiento simplificado no se aplica si un tercero eleva una objeción sobre la medida en los diez días después a la publicación de la notificación por parte la Comisión. En el caso del procedimiento de crisis, esos diez días, tal y como hemos señalado, pueden ser demasiados.

En todo caso, la comparación entre los plazos normales de evaluación de notificaciones y los plazos en que la Comisión está resolviendo durante este periodo de crisis ha suscitado muchas dudas respecto a la efectividad del análisis de la

Código de buenas prácticas está disponible en http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/best_practices_code_en.pdf

⁵⁸⁴ WERNER, P. y MAIER, M., « Procedure in Crisis? Overview and Assesment of the Commission's State Aid Procedure during the current crisis », European State Aid Law, vol. 8, nº 2, 2009, p. 180.

compatibilidad de las medidas de ayuda con el mercado común. Algún autor argumenta que la Comisión, en realidad, no debe proceder a un procedimiento de análisis exhaustivo en este tipo de asuntos, dado que se trata de casos cargados de consideraciones políticas y versan sobre intereses nacionales en un contexto excepcional como es el de la crisis actual⁵⁸⁵. Sin embargo, otros autores ya han puesto de manifiesto que, si bien la nueva aproximación es probablemente la única manera de hacer converger a los Estados en torno al régimen de ayudas públicas, la evaluación tan rápida de las notificaciones entraña una serie de riesgos que no deben ser menospreciados y que pueden perjudicar la legitimidad de la acción de la Comisión⁵⁸⁶.

En línea con este debate, lo cierto es que las evaluaciones de la Comisión están siendo efectuadas en muy poco tiempo y sin un cuerpo jurídico precedente en el que basar sus decisiones. Por ello, pueden revelarse como inadecuadas en el futuro dado que corren el riesgo de obviar importantes efectos reales en la competencia⁵⁸⁷. En particular, debido a la brevedad del periodo de evaluación, se está dejando de lado el uso de la metodología económica que es, en definitiva, el instrumento más destacado en la evaluación de la compatibilidad de las ayudas de Estado con el mercado común. Respecto al contenido de las propias decisiones, según se ha señalado, « algunas decisiones son buenas, siendo su razonamiento equilibrado y directo,

⁵⁸⁵ HALL, M., “Competition law and the credit crunch: do the usual State aid rules still apply?”, Practical Law Company, vol. 22, 2009.

⁵⁸⁶ WERNER, P. y MAIER, M., precitado, p. 183.

⁵⁸⁷ JAEGER, T., precitado, p. 4.

mientras que otras plantean un razonamiento circular y sus argumentos no son siempre coherentes »⁵⁸⁸. Por otro lado, el planteamiento rápido de la Comisión no ofrece seguridad jurídica para los agentes económicos, ni para el beneficiario de la propia ayuda⁵⁸⁹, ni para los terceros, especialmente los competidores. Estos últimos no pueden participar en el procedimiento como es habitual, en el que generalmente son consultados.

6. BALANCE DE LAS AYUDAS CONCEDIDAS AL SECTOR FINANCIERO A LA LUZ DE LA PRÁCTICA DE LA COMISIÓN

A. Balance de las ayudas concedidas al sector financiero

La Comisión ha adoptado más de 200 decisiones en materia de ayudas de Estado desde el inicio de la crisis financiera sobre el fundamento del artículo 107, apartado 3, letra b), TFUE. Esta práctica puede proyectarse sobre un plano de evolución dividido en dos periodos⁵⁹⁰ que muestra una evidente especialización y sofisticación de análisis desde los primeros casos hasta los más recientes⁵⁹¹.

⁵⁸⁸ JAEGER, T., precitado, p. 3; WERNER, P. y MAIER, M., precitado p. 183.

⁵⁸⁹ GERARD, D., precitado, p. 56. Podría argumentarse incluso que los competidores se verán afectados en materia de legitimidad activa para presentar un recurso de anulación ex artículo 230 ante el Tribunal de Primera Instancia, dado que, de su no participación en el procedimiento de evaluación hace más difícil el cumplir con los requisitos del denominado test *Plauman*, V. STJCE de 15 julio 1963, Plaumann c. Commission, asunto 25/62, p. 107.

⁵⁹⁰ Informe de la Comisión de 1 de diciembre de 2010, precitado, p. 9 y siguientes.

⁵⁹¹ Cfr. *infra* el epígrafe titulado « Breve referencia a la práctica de la Comisión ».

a) Volumen total de ayudas (1 de octubre de 2008 – 1 de octubre de 2010)

La Comisión ha hecho público un informe sobre las ayudas estatales concedidas por los Estados miembros de la UE hasta el 1 de octubre de 2010⁵⁹². Según éste, el volumen global de las ayudas públicas concedidas al sector financiero y aprobadas por la Comisión desde el mes de octubre de 2008 ha alcanzado la cifra de 4,5 billones de euros (en concreto, 4.588.900 millones de euros), esto es, un 39% del PIB de la UE-27. De este volumen, 3,4 billones de euros (en concreto, 3.478.960 millones de euros) fueron consagrados a regímenes abiertos de ayuda, y 1,1 billones de euros (en concreto, 1.109.940 millones de euros) fue destinado a entidades financieras a título individual. La mayor parte de este apoyo, un 76% (en concreto, 3.485. 250 millones de euros; 30% del PIB de la UE-27), ha venido en forma de préstamos o garantías del Estado para mantener financiación interbancaria. La ventaja de esta medida es que, además de su efecto estabilizador, sólo tiene un impacto sobre las finanzas públicas si las garantías se activan o los préstamos tornan en impago. Por su parte, la recapitalización representa el 12% (546.080 millones; o 4,5% del PIB) y las medidas de rescate de activos deteriorados el 9% (401.790 millones de euros o 3,3% PIB de la UE-27). Las ayudas a la liquidación han sido las

⁵⁹² Informe de la Comisión de 1 de diciembre de 2010 – Marcador de ayudas estatales, « Informe sobre las ayudas estatales concedidas por los Estados miembros de la UE (actualización de otoño de 2010) », COM(2010) 701 final, p. 8 y ss.

que menos volumen de ayudas representan (155.770 millones de euros; 1,3% del PIB de la UE-27)⁵⁹³.

Por otro lado, cabe destacar que solamente Estados miembros como Bulgaria, la República Checa, Estonia, Malta y Rumanía no han concedido ayudas a sus instituciones financieras⁵⁹⁴. Además, alrededor del 70% del volumen máximo de ayudas fue otorgado por solamente cinco Estados miembros, estos son, Reino Unido, Irlanda, Dinamarca, Alemania y Francia, con diferencias significativas entre cada Estados miembro⁵⁹⁵.

⁵⁹³ Tal y como señala la Comisión, las ayudas en forma de esquemas superan a las medidas individuales porque muchos estados adoptaron regímenes que cubrían las deudas totales de sus bancos («blanket guarantee schemes». V. el Informe de la Comisión de 1 de diciembre de 2010, precitado, p. 10.

⁵⁹⁴ Informe de la Comisión de 1 de diciembre de 2010, precitado, p. 10.

⁵⁹⁵ Informe de la Comisión de 1 de diciembre de 2010, precitado, p. 10, donde señala que el máximo volumen aprobado por la Comisión en el Reino Unido es de 850 000 millones de euros, mientras que la cifra para Lituania es de 1 740 millones de euros.

Cuadro VI.1 – Volúmenes de ayuda (aprobados, valor nominal y elemento de ayuda) en favor del sector financiero por instrumentos⁵⁹⁶

Tipos de medidas	Volumen aprobado (2008-2010)	Utilización efectiva nominal (2009)	Elemento de ayuda (2009)	Ayuda total concedida (en % del PIB EU-27 en 2009)
Esquemas	3 478.96	727.38	180.91	1.53%
<i>De garantías</i>	3026.28	612.59	77.33	0.6%
<i>De medidas de recapitalización</i>	348.64	95.15	95.15	0.8%
<i>De tratamiento de activos deteriorados</i>	62.17	1.4	1.4	0.01%
<i>De medidas de liquidación</i>	41.87	18.23	8.6	0.05%
Medidas de ayuda « ad hoc » a instituciones financieras individuales	1109.94	379.16	170.76	1.44%
<i>De garantía</i>	458.97	214.3	50.81	0.4%
<i>De recapitalización</i>	197.44	46.36	44.49	0.3%
<i>De tratamiento de activos deteriorados</i>	339.63	108.38	73.87	0.6%
<i>De medidas de ayuda a la liquidación</i>	113.9	11.11	1.5	0.01%
TOTAL	4 588.90	1 106.56	351.68	2.9%

⁵⁹⁶ Este cuadro se encuentra publicado en la nota de prensa IP/10/1635 de 1 de diciembre, p. 4. Los datos proceden del Informe de la Comisión de 1 de diciembre de 2010, precitado, p. 5 y del Documento interno de la Comisión de 1 de diciembre de 2010 titulado « Facts and figures on State aid in the Member State accompanying the report of the Commission State Aid Scoreboard – Autumn 2010 update », SEC(2010) 1462 final, p. 48.

Tal y como se desprende el cuadro V.1, no toda la ayuda aprobada entre el comienzo de la crisis y finales de 2009 fue real y efectivamente utilizada por las instituciones afectadas. A estos efectos, es importante distinguir entre los siguientes conceptos⁵⁹⁷:

- El *volumen máximo autorizado (valor presupuestario)* de las medidas de crisis representa el importe global de las ayudas estatales establecidos por los Estados Miembros y aprobados por la Comisión. Esta cifra corresponde a los límites máximos de ayuda que los Estados miembros pueden conceder a las instituciones financieras. Esta cifra no expresa los importes efectivamente concedidos ni el beneficio que obtienen las instituciones financieras individuales.
- El *importe realmente utilizado (cantidad nominal)* de la ayuda expresa el volumen real de la medida de ayuda que los Estados miembros en práctica. Es importante destacar que no todo el importe autorizado por la Comisión se otorga necesariamente a la institución financiera en dificultades. Es por ello que las cantidades utilizadas son mucho más bajas que los volúmenes máximos autorizados.
- El *elemento de ayuda (valor bruto de la ayuda)* de las medidas de ayuda estatal expresa la ventaja monetaria otorgada a los bancos individuales o bien a través de esquemas o intervenciones « ad hoc ». Según la Comisión, el volumen exacto de

⁵⁹⁷ Esta distinción está reconocida en el documento de trabajo de 1 de diciembre de 2010, precitado, p. 47.

los elementos de ayuda depende de la causa y el instrumento de ayuda en cuestión. En la mayoría de los casos el elemento de ayuda es muy inferior a las cantidades realmente utilizadas, ya que no toda la cantidad efectivamente utilizada puede ser considerada como un beneficio para la entidad financiera. A modo de ilustración, el elemento de ayuda de una garantía es el beneficio expresado como la diferencia entre una comisión de garantía ofrecido por los Estados miembros y el mercado⁵⁹⁸.

Tal y como indica la Comisión en el informe de 1 de diciembre de 2010, el valor nominal de ayuda notificada por los Estados miembros ascendió en 2009 a 1.106.560 millones de euros (esto es, 9,3 % del PIB de la UE-27), de los cuales 727.380 millones de euros correspondían a regímenes y 379.180 millones correspondían a intervenciones « ad hoc ». Estos datos, comparados con el volumen total de ayudas aprobado, permiten determinar el denominado índice de utilización, esto es, la cifra de utilización real de las medidas de ayuda estatal desde el comienzo de la crisis en relación con el importe total aprobado⁵⁹⁹. En 2008 y 2009, el índice de utilización alcanzó un 65% en las garantías, el 62% en las medidas de recapitalización, el 67% en medidas de liquidación y el 32% en las medidas de tratamiento de activos deteriorados. Ello permite concluir que solamente un 56% del

⁵⁹⁸ El cálculo del elemento de ayuda se hace conforme a las instrucciones metodológicas publicadas en el informe de 1 de diciembre de 2011.

⁵⁹⁹ Informe de la Comisión de 1 de diciembre de 2010, precitado, p. 10.

volumen máximo de ayudas de media fue efectivamente utilizado en términos nominales.

Por otro lado, el elemento de ayuda notificado en 2009, esto es, el equivalente bruto de la subvención o de la ventaja monetaria, ha sido de 351.680 millones de euros (esto es, 2,98% del PIB de la UE-27)⁶⁰⁰. De esta cantidad, la mitad adoptó la forma de recapitalizaciones (139.640 millones de euros), y el resto fueron intervenciones en garantías (123.470 EUR), activos deteriorados (75.270 millones de euros) y liquidez (8.600 millones de euros)⁶⁰¹.

Más aún, las cifras agregadas señalan que los Estados miembros se apoyaron más en intervenciones « ad hoc » (240.400 millones de euros) que en esquemas de intervención (174.410 millones de euros).

El cuadro VI.3 muestra la aportación de cada Estado miembro. Es llamativo constatar, a título de ilustración, que en el caso de Irlanda, la Comisión ha aprobado un total de 286.000 millones de euros, lo que supone un 170% del PIB de este Estado miembros (60.000 euros por persona).

⁶⁰⁰ Esta cantidad es cinco veces mayor que el elemento de ayuda notificado para todos los demás sectores económicos en su conjunto (619.000 millones de euros). V., el Informe de la Comisión de 1 de diciembre de 2010, precitado, p. 11, y el Documento Interno de la Comisión de 1 de diciembre de 2010, precitado, p. 49.

⁶⁰¹ Documento de Trabajo de la Comisión de 1 de diciembre de 2010, precitado, p. 51.

Cuadro VI.2 – Volumen de ayuda otorgado por cada Estado miembro de la UE (en inglés)⁶⁰²

	Approved amounts 2008-2010	Actual use 2008	Aid element 2008	Actual use 2009	Aid element 2009	Aid element as a % of national GDP 2009
United Kingdom	850.30	182.34	62.28	282.41	119.91	7.65%
Ireland	723.31	0.34	0.03	11.29	11.03	6.74%
Denmark	599.66	586.22	56.48	14.44	8.03	3.60%
Germany	592.23	192.07	51.08	262.68	100.00	4.15%
France	351.10	81.37	25.59	129.48	26.75	1.40%
Spain	334.27	99.35	0.94	60.31	7.32	0.70%
Netherlands	323.60	17.03	14.04	75.00	9.70	1.70%
Belgium	328.59	55.86	21.47	120.43	32.29	9.57%
Sweden	161.56	1.29	0.34	79.39	8.50	2.90%
Austria	91.70	10.79	0.99	30.94	9.35	3.37%
Greece	78.00	0.00	0.00	25.12	12.18	5.13%
Finland	54.00	0.12	0.00	0.00	0.00	Not used
Portugal	20.45	4.76	0.52	0.65	0.07	0.04%
Italy	20.00	0.00	0.00	4.05	4.05	0.27%
Slovenia	12.00	0.00	0.00	2.00	0.20	0.57%
Luxembourg	11.59	3.98	2.78	2.72	0.88	2.33%
Hungary	10.33	0.00	0.00	2.57	0.35	0.38%
Poland	9.24	0.00	0.00	0.00	0.00	Not used
Latvia	8.78	0.94	0.94	0.86	0.86	4.62%
Slovakia	3.46	0.00	0.00	0.00	0.00	Not used
Cyprus	3.00	0.00	0.00	2.23	0.23	1.36%
Lithuania	1.74	0.00	0.00	0.00	0.00	Approved in 2010
Total	4588.90	1236.47	237.48	1106.54	351.68	

b) Garantías

Según ha señalado la Comisión, los sistemas de garantía han demostrado ser una herramienta apropiada y eficaz para hacer frente a los problemas de liquidez y han desempeñado un papel clave en la prevención del colapso del sistema financiero⁶⁰³. Desde el otoño de 2008 y hasta el 1 de octubre de 2010, la Comisión ha aprobado o renovado 41 esquemas de garantías e intervenciones individuales llevadas a cabo a favor de más de 40 instituciones financieras. Si bien el uso de garantías estaba en su apogeo a finales de 2008 y el primer semestre de 2009, se redujo significativamente después, debido en gran parte a un mayor recurso de las medidas de recapitalización.

⁶⁰² Este cuadro se encuentra recogido en el Documento Interno de la Comisión de 1 de diciembre de 2010, precitado, p. 50.

⁶⁰³ Documento interno de la Comisión de 1 de diciembre de 2010, precitado, p. 50.

La Comisión ha comenzado un proceso destinado a incentivar a los Estados miembros a que reduzcan el número de garantías ofrecidas a las instituciones financieras. Esto se ha hecho en los términos que examinamos más adelante⁶⁰⁴. No obstante, algunos Estados miembros tales como Italia, Francia y Reino Unido han decidido dar por terminados sus esquemas de garantías. Otros, como los Países Bajos, han establecido condiciones más estrictas aplicables a partir del 1 enero de 2010. Después del 30 de junio de 2010, 13 Estados miembros han prolongado sus planes, que son, en esencial, los regímenes operativos en la actualidad.. El número relativamente alto de los Estados miembros que aún mantienen medidas de garantía se explica por la voluntad de los Estados miembros de mantener su compromiso de apoyo a las instituciones financieras⁶⁰⁵.

El volumen total de medidas de garantía autorizado por la Comisión desde el 1 de octubre de 2008 hasta el 1 de octubre 2010 equivale a 3.485.250 millones de euros. Los informes de los Estados miembros sobre el valor nominal de ayuda estatal concedida asciende solamente a 826.890 millones de euros (7% del PIB de la UE-27); el elemento de ayuda ha sido de 128.150 millones de euros, esto es, un 1% del PIB de la UE-27.

⁶⁰⁴ Cfr. *infra* « Phasing-out phase ».

⁶⁰⁵ Documento interno de la Comisión de 1 de diciembre de 2010, precitado, p. 51.

Los Estados miembros han concedido 77.330 millones de euros a través de esquemas, de los cuales 32.140 millones de euros fueron concedidos por Alemania (1,3% del PIB nacional), 16.210 millones de euros por el Reino Unido (1% del PIB nacional) y 7.870 de Suecia (2,6% del PIB nacional). En cuanto a medidas adoptadas a título individual, de los € 50.810 millones de euros de los que se informó a la Comisión, Bélgica encabeza la lista con 19.150 millones de euros (5,6% del PIB nacional), seguida de Alemania con 17.130 millones de euros (0,7% del PIB nacional).

Cuadro IV.2 – Balance de las medidas de garantía⁶⁰⁶

	Volúmenes aprobados (1.10. 2008- 31.7.2010)	Cantidad materializada (2009)	Elemento de ayuda (2009)	% del elemento de ayuda en relación al PIB de la EU-27 (2009)
Esquemas	3026	612	77	0.6%
<i>Intervenciones « ad hoc »</i>	459	214	50	0.4%
Total	3485	826	128	1%

c) Recapitalizaciones

Una segunda medida importante en la respuesta a la crisis financiera han sido los instrumentos de recapitalización. Su función principal ha sido la de impulsar la base

⁶⁰⁶ Este cuadro se encuentra publicado en el Documento Interno de la Comisión de 1 de diciembre de 2010, precitado, p. 52.

de capital de las instituciones financieras para así restaurar la confianza en los mercados financieros y garantizar préstamos a la economía real.

El volumen total de las medidas de recapitalización aprobadas mediante regímenes y medidas individuales entre los meses de octubre de 2008 y 2010 ha alcanzado la cifra de 546 080 millones de euros. De esta cifra, los Estados miembros han comunicado que 141 300 millones de euros han sido efectivamente utilizados, de los cuales, a su vez, solamente 139.430 millones de euros pueden considerarse como ayudas de Estado. El índice de utilización de las medidas de recapitalización se sitúa en el 62%.

La diferencia relativamente pequeña entre el uso real de las medidas de ayuda y el elemento de ayuda, tal y como se desprende del cuadro IV.3 *infra*, se puede explicar por el hecho de que la recapitalización en la mayoría de los casos no se ha podido llevar a cabo en condiciones de mercado. Por lo tanto, el elemento de ayuda de las medidas de recapitalización es, en la mayoría de los casos, el importe total de la recapitalización. Esto significa que los Estados miembros han sido, en el periodo de crisis, los únicos inversores dispuestos a participar en el capital de las entidades financieras⁶⁰⁷.

Aproximadamente el 70% de todas las ayudas de recapitalización en 2009 fue adoptado por de tres Estados miembros, a saber, el Reino Unido (51.000 millones de

⁶⁰⁷ Documento interno de la Comisión de 1 de diciembre de 2010, precitado, p. 54.

euros), Alemania (40.730 millones de euros) e Irlanda (11.000 millones de euros). Por otro lado, son 15 los Estados miembros que decidieron abordar los problemas de capitalización a través de regímenes abiertos, de los cuales, 9 de ellos se dedica exclusivamente a la recapitalización (el resto, incluyendo las medidas de recapitalización tanto y otros instrumentos). 9 planes siguen en vigor, particularmente en Francia, Italia, Dinamarca, el Reino Unido y Suecia. En fin, medidas individuales de recapitalización han sido adoptadas a favor de más de 30 instituciones financieras en 12 Estados miembros⁶⁰⁸. En algunos casos, como en Bélgica, Luxemburgo y Holanda, estas medidas de recapitalización han requerido la participación de varios Estados miembros.

*Cuadro IV.3 – Balance de las medidas de recapitalización*⁶⁰⁹

	Volúmenes aprobados (2008-2010)	Cantidad materializada (2009)	Elemento de la ayuda (2009)	Porcentaje del elemento de la ayuda en relación con el PIB de la UE-27 (2009)
Esquemas	349	95	95	0.8%
Intervenciones « ad hoc »	197	46	44	0.3%
Total	546	141	139	1.1%

⁶⁰⁸ Documento interno de la Comisión de 1 de diciembre de 2010, precitado, p. 54.

⁶⁰⁹ Este cuadro se encuentra publicado en el Documento Interno de la Comisión de 1 de diciembre de 2010, precitado, p. 54.

d) Tratamiento de activos depreciados

A principios de 2009, la Comisión adoptó una serie de iniciativas destinadas a ayudar a los Estados miembros para abordar la situación en los balances de los bancos sin falsear la competencia. En realidad, los activos depreciados han sido una de las causas que con mayor frecuencia se ha atribuido el desencadenamiento de esta crisis. Las medidas de tratamiento de activos depreciados han demostrado ser una herramienta importante para los Estados miembros para hacer frente a la crisis financiera. Hasta el 1 de octubre de 2010, el volumen máximo autorizado para los planes y medidas « ad hoc » ha sido de 401 790 millones de euros. Los Estados miembros han comunicado que aproximadamente una cuarta parte de esta cantidad, esto es, 109 780 millones de euros, han sido efectivamente utilizados. El elemento de ayuda ha sido simplemente 75.270 millones de euros. La tasa de aceptación de los activos deteriorados fue del 32%⁶¹⁰.

Cabe destacar que sólo Alemania e Irlanda aprobó planes dedicados exclusivamente al tratamiento de activos deteriorados, mientras que otros Estados miembros tales como Austria, Hungría y Lituania, lo incorporaron a sus regímenes generales de intervención. En Alemania el esquema abierto propuesto por las autoridades expiró sin que hubiera sido utilizado. Por otro lado, las medidas de tratamiento de activos deteriorados fueron aprobadas en su mayoría como intervenciones individuales. En particular, la Comisión aprobó varias intervenciones « ad hoc » de los casos en ocho

⁶¹⁰ Documento interno de la Comisión de 1 de diciembre de 2010, precitado, p. 55.

Estados miembros (Austria, Bélgica, Francia, Alemania, Irlanda, España, Países Bajos y el Reino Unido)⁶¹¹. El elemento de ayuda para las intervenciones individuales en forma de activos deteriorados se concentra principalmente en tres Estados miembros (Bélgica, Alemania y Reino Unido) y constituye 68.870 millones de euros para el año 2009.

*Cuadro IV.4 – Balance de las medidas de recapitalización*⁶¹²

	Volúmenes aprobados (2008-2010)	Cantidad materializada (2009)	Elemento de la ayuda (2009)	Porcentaje del elemento de la ayuda en relación con el PIB de la UE-27 (2009)
Esquemas	62	1	1	0.04%
Intervenciones « ad hoc »	339	108	73	0.6%
Total	401	109	75	0.64%

B. Breve referencia a la práctica de la Comisión

Por lo que se refiere a las medidas concretas, la Comisión ha autorizado, modificado o prorrogado más de 40 regímenes nacionales de intervención a favor del sector financiero, y resolvió decisiones individuales respecto a otras 40 instituciones

⁶¹¹ Documento interno de la Comisión de 1 de diciembre de 2010, precitado, p. 55.

⁶¹² Este cuadro se encuentra publicado en el Documento Interno de la Comisión de 1 de diciembre de 2010, precitado, p. 54.

financieras⁶¹³. Éstas pueden resumirse en 15 esquemas de recapitalización (8 de los cuales se encuentran todavía en vigor); 2 esquemas de tratamiento de activos deteriorados (en Alemania e Irlanda); 6 esquemas destinados a medidas de liquidación (5 de los cuales se encuentran todavía en vigor), 21 esquemas de garantías; y, finalmente, 44 medidas de ayuda individuales, de las cuales 23 trataban sobre reestructuración y se han declarado compatibles con el mercado común (de hecho, solamente un caso –Banco Privado Portugués– fue declarado incompatible)⁶¹⁴.

El tratamiento de estas notificaciones de ayuda puede ser analizado a partir de dos periodos distintos. Durante el primero, la compatibilidad de los casos de ayuda a instituciones financieras se realizó sobre la base del artículo 107, apartado 3, letra c) TFUE y a la luz de las Directrices de la Comisión sobre ayudas de rescate y salvamento. En este periodo se rechazó incluso recurrir a la excepción del artículo 107, apartado 3, letra b), TFUE⁶¹⁵. Fueron decisiones ajustadas a las necesidades específicas de cada una de las instituciones financieras que durante este periodo solicitaron ayudas a sus respectivos Estados. En este periodo se encuadran las decisiones de la Comisión sobre ayudas de salvamento relativas a los bancos

⁶¹³ Informe de la Comisión de 1 de diciembre de 2010, precitado, p. 9.

⁶¹⁴ Informe de la Comisión de 1 de diciembre de 2010, precitado, p. 9.

⁶¹⁵ Decisión de 5 de diciembre de 2007, caso NN 70/2007 – Ayuda de rescate *Northern Rock*, C(2007) 6127 final, p. 37

*Northern Rock*⁶¹⁶, *WestLB*⁶¹⁷, *Sachsen LB*⁶¹⁸, *Roskilde Bank*⁶¹⁹, *German IKB*⁶²⁰, *Bradford & Bingley*⁶²¹ y *Hypo Real Estate*⁶²². Todas estas instituciones financieras han notificado igualmente un plan de reestructuración una vez expirado el plazo de seis meses concedido por la Comisión.

A medida que la confianza en el sistema bancario fue empeorando hacia otoño de 2008, en parte debido a la insolvencia del banco norteamericano *Lehman Brothers*, los Estados miembros comenzaron a acudir al rescate de aquellos bancos en los que se sustentaba el sistema financiero nacional y la Comisión comenzó a ver las dificultades de aplicación del estándar del artículo 107, apartado 3, letra c) TFUE,

⁶¹⁶ Decisión de 5 diciembre 2007, precitada, relativa a la asistencia de liquidez concedida por el Banco de Inglaterra, y la garantía sobre los depósitos y otras facilidades de crédito concedidas por el ministerio de UK Treasury.

⁶¹⁷ Decisión de 30 de abril de 2008, caso NN 25/2008 – *WestLB riskshield*, C(2008) 1628 final, relativa a garantía por un valor de 5.000 millones de euros sobre los activos deteriorados de este banco.

⁶¹⁸ Decisión de 4 de junio de 2008, caso 9/2008, Ayuda a la reestructuración de Sachsen LB. C(2008)2269 final, relativa a una facilidad de crédito de 17.000 millones de euros y una garantía por valor de 2.750 millones otorgadas por el *land* de Sajonia.

⁶¹⁹ Decisión de 31 de julio de 2008, caso NN36/2008 – *Roskilde Bank*, C(2008) 4138, relativa a la asistencia de liquidez concedida por el Banco de Dinamarca y una serie de garantías otorgadas por el gobierno danés.

⁶²⁰ Caso C10/2008, Ayuda a la reestructuración de IKB. Decisión de 21 de octubre de 2008.

⁶²¹ Decisión de 1 de octubre de 2008, caso NN41/2008 – Ayuda de rescate a *Bradfor&Bingley*, C(2008) 5673 final, relativa una ayuda a la liquidación controlada.

⁶²² Decisión de 2 de octubre de 2008, caso NN44/2008 – Ayuda de rescate a Hypo Real Estate, relativa a garantía por valor de 35.000 millones concedidas por el gobierno federal y otras instituciones alemanas.

fundamentalmente teniendo en cuenta que la crisis estaba afectando a bancos que no podían ser calificados como empresas en crisis en el sentido de las Directrices sobre ayudas de salvamento y reestructuración⁶²³. Así, durante un segundo periodo, en cambio, la Comisión ha abordado el análisis de las medidas de ayuda a las instituciones financieras, tanto generales como individuales, sobre la base del artículo 107, apartado 3, letra b), TFUE y el marco de orientación y evaluación relativo a las ayudas a las instituciones financieras.

El siguiente cuadro hace una relación de los asuntos tratados hasta el 31 de enero de 2011 con indicación del Estado miembro que concede la ayuda, el tipo de medida, y el sentido y la fecha de la decisión de la Comisión⁶²⁴.

⁶²³ V. el Informe de la Comisión de 8 de abril de 2009, precitado, p. 8.

⁶²⁴ V. « State aid: Overview of national measures adopted as a response to the financial/economic crisis », MEMO/09/246, de 20 de marzo de 2009, cuya actualización mensual está disponible en http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/financial_crisis_news_en.html

ALEMANIA

Tipo de medida y beneficiario	Tipo de decisión <u>Nota informativa</u>	Fecha de la adopción
C9/2008 – Ayuda a la reestructuración de Sacasen LB	Decisión con condiciones (tras procedimiento de investigación formal) IP/08/849	4 Junio 2008
C10/2008 – Ayuda a la reestructuración ayuda de IKB	Decisión con condiciones (tras procedimiento de investigación formal) IP/08/1557	21 Octubre 2008
NN44/2008 – Ayuda de salvamento a Hypo Real Estate Holding	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/08/1453	2 Octubre 2008
N512/2008 – Esquema de ayudas para las instituciones financieras en Alemania (garantías, recapitalizaciones y otras	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/08/1589	27 Octubre 2008
N625/2008 – Modificación de la decisión		12 Diciembre 2008
N330/2009 – Prolongación	EXME09/22.06	22 Junio 2009
N665/2009 – Segunda prolongación	EXME/09/1217	17 Diciembre 2009
N222/2010 – Extensión	IP/10/789	23 Junio 2010
N615/2008 – Garantía y recapitalización para Bayern LB	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/08/2034	18 Diciembre 2008
N655/2008 – Garantía para NordLB	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/08/2056	22 Diciembre 2008
N412/2009 – Prolongación	EXME/09/0910	10 Septiembre 2009
N639/2008 - Garantía para IKB	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/08/2055	22 Diciembre 2008
N17/2009 - Garantía para SdB – Sicherungseinrichtungsgesellschaft deutscher Banken mbH	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/09/114	22 Enero 2009
N244/2009 – Inyección de capital para Commerzbank	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada	7 Mayo 2009

	<u>IP/09/711</u>	
C43/2008 – Ayuda a la reestructuración de West LB	Decisión con condiciones (tras procedimiento de investigación formal) <u>IP/09/741</u>	12 Mayo 2009
N531/2009 – Ayuda temporal adicional para West LB	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada <u>IP/09/1434</u>	7 Octubre 2009
N264/2009 – Recapitalización de HSH Nordbank	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada <u>IP/09/854</u>	29 Mayo 2009
C17/2009 – Recapitalización y tratamiento de activos deteriorados para LBBW (Landesbank Baden Württemberg)	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada <u>IP/09/1058</u>	30 Junio 2009
N314/2009 – Esquema alemán de tratamiento de activos deteriorados esquema	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada <u>IP/09/1216</u>	31 Julio 2009
N400/2009 – Ayuda adicional (garantías) para IKB	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada <u>IP/09/1235</u>	17 Agosto 2009
N 456 /2009 – Esquema para facilitar la refinanciación de créditos a la exportación	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada <u>IP/09/1319</u>	15 Septiembre 2009
N 48/2010 - Prolongación	<u>EXME/10/0309</u>	9 Marzo 2010
C17/2009 – Plan de reestructuración y medida de tratamiento de activos deteriorados para LBBW (Landesbank Baden Württemberg)	Decisión con condiciones (tras procedimiento de investigación formal) <u>IP/09/1927</u>	15 Diciembre 2009
N694/2009 – Garantías estatales para Hypo Real Estate	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada <u>IP/09/1985</u>	21 Diciembre 2009
N555/2009 – Ayuda de salvamento para WestLB	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada <u>IP/09/1996</u>	22 Diciembre 2009
N161/2010 – Recapitalización de Hypo Real Estate	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada	19 Mayo 2010

N380/2010 – Autorización temporal para las medidas adicionales de apoyo (garantías) para Hypo Real Estate, creación de una estructura « bad bank », y extensión del procedimiento de investigación en curso (C15/2009=	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/10/1172	24 Septiembre 2010
C32/2009 – Reestructuración de la caja de ahorros Sparkasse KölnBonn	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/10/1192	29 Septiembre 2010
SA.29510 – Desinversiones de WestLB		21 Diciembre 2010
MC 15/2009 – Desinversión de Deka por parte de LBBW (Landesbank Baden Württemberg)		14 Enero 2011

AUSTRIA

Tipo de medida y beneficiario	Tipo de decisión <u>Nota informativa</u>	Fecha de la adopción
N557/2008 – Esquema de ayudas para el sector financiero austríaco (garantías, recapitalización y otras medidas)	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/08/1933	09 Diciembre 2008
N352/2009 – Prolongación	EXME/09/0630	30 Junio 2009
N663/2009 - Segunda prolongación	EXME/09/1217	17 Diciembre 2009
N241/2010 – Extensión	IP/10/839	25 Junio 2010
SA.32018 – Extensión	EXME/10/16.12	16 Diciembre 2010
N214/2008 – Recapitalización de Hypo Tirol	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/09/928	17 Junio 2009
N 640/2009 – Inyección de capital y garantía sobre activos a favor de BAWAG	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/09/1989	22 Diciembre 2009
C 16/2009 + N698/2009 – Ayuda de emergencia para Hypo Group Alpe Adria	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/09/1998	23 Diciembre 2009

BÉLGICA

Bélgica/Luxemburgo

Tipo de medida y beneficiario	Tipo de decisión <u>Nota informativa</u>	Fecha de la adopción
NN45-49-50/2008 – Garantía a favor de Dexia	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/08/1745	19 Noviembre 2008
Prolongación	IP/09/1662	30 Octubre 2009

Bélgica/Francia/Luxemburgo

Tipo de medida y beneficiario	Tipo de decisión <u>Nota informativa</u>	Fecha de la adopción
C9/2009 – Garantía a favor de Dexia en ciertos activos sobre FSA	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/09/399	13 Marzo 2009

Bélgica/Luxemburgo/Países Bajos

Tipo de medida y beneficiario	Tipo de decisión <u>Nota informativa</u>	Fecha de la adopción
N574/2008 – Medidas a favor de Fortis	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/08/1746	19 Noviembre 2008
NN42-46-53A/2008 – Ayuda a la reestructuración de Fortis Bank y Fortis Bank Luxembourg	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/08/1884	03 Diciembre 2008

Bélgica/Luxemburgo

Tipo de medida y beneficiario	Tipo de decisión <u>Nota informativa</u>	Fecha de la adopción
N255/2009 y N274/2009 – Medidas de ayuda adicional a favor de Fortis Bank y Fortis Bank Luxembourg	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/09/743	12 Mayo 2009

Bélgica

Tipo de medida y beneficiario	Tipo de decisión <u>Nota informativa</u>	Fecha de la adopción
N602/2008 – Recapitalización a favor de KBC	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/08/2033	18 Diciembre 2008
NN57/2008 – Inyección de capital para Ethias Group	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/09/254	12 Febrero 2009
C18/2009 – Recapitalización y tratamiento de activos deteriorados para KBC Group	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/09/1063	30 Junio 2009
C18/2009 – Tratamiento de activos deteriorados y paquete de reestructuración para KBC	Decisión final sometida al procedimiento de investigación formal IP/09/1730	18 Noviembre 2009
N 256/2009 – Ayuda a la reestructuración para Ethias	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/10/592	20 Mayo 2010
SA.29833 – Control de KBC: extensión del plazo para llevar a cabo desinversiones por KBC	–	16 Diciembre 2010

Bélgica/Francia/Luxemburgo

Tipo de medida y beneficiario	Tipo de decisión <u>Nota informativa</u>	Fecha de la adopción
C9/2009 – Aprobación del plan de reestructuración para Dexia	Decisión final sometida al procedimiento de investigación IP/10/201	26 February 2010

CHIPRE

Tipo de medida y beneficiario	Tipo de decisión <u>Nota informativa</u>	Fecha de la adopción
N511/2009 – Esquema chipriota de apoyo a las instituciones de crédito (Garantías)	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/09/1569	22 Octubre 2009

DINAMARCA

Tipo de medida y beneficiario	Tipo de decisión <u>Nota informativa</u>	Fecha de la adopción
NN36/2008 - Ayuda de salvamento a favor de Roskilde Bank	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada <u>(IP/08/1222)</u>	31 Julio 2008
NN39/2008 – Ayuda a la liquidación de Roskilde Bank	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada <u>IP/08/1633</u>	5 Noviembre 2008
NN51/2008 – Esquema de garantías a favor de los bancos en Dinamarca	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada <u>IP/08/1483</u>	10 Octubre 2008
N31a/2009 – Modificación del esquema de garantía	<u>IP/09/206</u>	17 Agosto 2009
N20/2010 - Segunda prolongación	<u>EXME/10/0201</u>	01 February 2010
N257/2010 - Extensión	<u>IP/10/854</u>	28 Junio 2010
N31a/2009 - Recapitalización esquema (y amendment de the garantía esquema)	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada <u>IP/09/206</u>	3 February 2009
NN46/2009 - Prolongación	<u>EXME/09 /0817</u>	17 Agosto 2009
N628/2009 – Segunda prolongación	<u>EXME/09/1217</u>	17 Diciembre 2009
NN23/2009 – Ayuda de salvamento para Fionia Bank	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada <u>IP/09/819</u>	20 Mayo 2009
N407/2010 – Fondo danés para la liquidación de bancos	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada <u>IP/10/1266</u>	30 Septiembre 2010
SA.31938 (N537/2010) - Prolongación	<u>EXME/10/07.12</u>	07 Diciembre 2010
N560/2009 – Ayuda para la liquidación de Fionia Bank	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada <u>IP/10/1374</u>	25 Octubre 2010

ESLOVAQUIA

Tipo de medida y beneficiario	Tipo de decisión <u>Nota informativa</u>	Fecha de la adopción
N392/2009 – Esquema de apoyo a los bancos eslovacos (garantías y recapitalización)	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/09/1889	8 Diciembre 2009

ESLOVENIA

Tipo de medida y beneficiario	Tipo de decisión <u>Nota informativa</u>	Fecha de la adopción
N531/2008 – Esquema de garantías para instituciones de crédito en Eslovenia	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/08/1964	12 Diciembre 2008
N331/2009 - Prolongación	EXME/09 / 22.06	22 Junio 2009
N651/2009 – Segunda prolongación	EXME/09/1217	17 Diciembre 2009
N245/2010 – Extensión	IP/10/864	29 Junio 2010
N637/2008 – Esquema de liquidez para el sector financiero	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/09/452	20 Marzo 2009
N510/2009 – Prolongación	EXME/09/1910	19 Octubre 2009
N113/2010 – Segunda prolongación	EXME/10/0415	15 Abril 2010
N321/2010 – Extensión	IP/10/1066	24 Agosto 2010

ESPAÑA

Tipo de medida y beneficiario	Tipo de decisión <u>Nota informativa</u>	Fecha de la adopción
NN54a/2008 – Fondo para la adquisición de activos financieros en España	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/08/1630	4 Noviembre 2008
Modificación	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada	8 Abril 2009
N337/2009 - Prolongación	EXME/09/0807	7 Agosto 2009
NN54b/2008 – Esquema de garantías para las instituciones de crédito	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/08/2049	22 Diciembre 2008

Prolongación	EXME/09 / 0625	25 Junio 2009
N588/2009 - Segunda prolongación	EXME/09/1201	1 Diciembre 2009
N263/2010 - Extensión	IP/10/854	28 Junio 2010
SA.32921 – Prolongación	EXME 10/29.11	29 Noviembre 2010
N28/2010 – Esquema español de recapitalización para las instituciones de crédito [<i>Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria</i>] (FROB)]	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/10/70	28 Enero 2010
N317/2010 – Prolongación	IP/10/997	23 Julio 2010
NN61/2009 - Ayuda a la reestructuración para Caja Castilla La Mancha	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/10/855	29 Junio 2010
N 392/2010 – Ayuda a la reestructuración para Caja Sur	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/10/1479	8 Noviembre 2010

FINLANDIA

Tipo de medida y beneficiario	Tipo de decisión <u>Nota informativa</u>	Fecha de la adopción
N567/2008 – Esquema de garantías finlandés	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/08/1705	13 Noviembre 2008
N44/2009 – Modificación al esquema de garantías		5 February 2009
N239/2009 – Prolongación y modificación	IP/09/681 EXME/09/0430	30 Abril 2009
N674/2009 – Segunda prolongación y modificación	EXME/09/1217	17 Diciembre 2009
NN2/2009 – Garantía para Kaupthing Bank Finland	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/09/82	21 Enero 2009
N329/2009 – Esquema de inyección de capital	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/09/1303	11 Septiembre 2009
N110/2010 – Prolongación	EXME/10/0414	14 Abril 2010

FRANCIA

Tipo de medida y beneficiario	Tipo de decisión <u>Nota informativa</u>	Fecha de la adopción
N548/2008 - Financial support measures to the banking industry in Francia (Refinancing)	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/08/1609	30 Octubre 2008
N251/2009 - Extensión de the esquema	IP/09/750	12 Mayo 2009
N613/2008 - Financial support measures to the banking industry in Francia (Recapitalización)	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/08/1900	08 Diciembre 2008
N29/2009 - Amendment to the Decision	IP/09/158	28 Enero 2009
N164/2009 - Amendment to the Decision	IP/09/461	23 Marzo 2009
N249/2009 - Inyección de capital para Caisse d'Epargne y Banque Populaire	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/09/722	8 Mayo 2009

GRECIA

Tipo de medida y beneficiario	Tipo de decisión <u>Nota informativa</u>	Fecha de la adopción
N560/2008 – Esquema de ayudas al sector financiero griego (garantías, recapitalización y otros)	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/081742	19 Noviembre 2008
Prolongación y modificación	EXME/09/0918	18 Septiembre 2009
N690/2009 – Prolongación	EXME/10/0125	25 Enero 2010
N163/2010 - Modificación		12 Mayo 2010
N260/2010 – Extensión y modificación	IP/10/864	30 Junio 2010
SA. 31998 – Cuarta extensión	-	21 Diciembre 2010
N328/2010 – Esquema para la recapitalización de instituciones de crédito en Grecia bajo el Fondo de Estabilización Financiera (FSF)	IP/10/1092	03 Septiembre 2010
SA. 31999 – Prolongación	EXME 10/14.12	14 Diciembre 2010

HUNGRÍA

Tipo de medida y beneficiario	Tipo de decisión <u>Nota informativa</u>	Fecha de la adopción
N664/2008 – Medidas de apoyo financiero al sector financiero húngaro en la forma de recapitalizaciones y esquemas de garantía	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/09/253	12 February 2009
N355/2009 - Prolongación y modificación	EXME09 /0903	3 Septiembre 2009
N662/2009 – Segunda prolongación	EXME/09/1217	17 Diciembre 2009
N224/2010 – Tercera prolongación del esquema de recapitalización	IP/10/789	23 Junio 2010
SA.31928 (N536/2010) – Cuarta prolongación	EXME/10/07.12	07 Diciembre 2010
N 358/2009 – Esquema de apoyo al sistema hipotecario	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/09/1123	13 Julio 2009
N603/2009 - Prolongación	EXME 09/1124	24 Noviembre 2009
SA.31922 - Prolongación	EXME 10/08.12	08 Diciembre 2010
NN68/2009 – Esquema húngaro de apoyo a la liquidez	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/10/19	14 Enero 2010
N225/2010 - Extensión	IP/10/854	28 Junio 2010
SA.31927 (N 535/2010) - Prolongación	EXME/10/07.12	07 Diciembre 2010

IRLANDA

Tipo de medida y beneficiario	Tipo de decisión <u>Nota informativa</u>	Fecha de la adopción
NN48/2008 – Esquema de garantías para los bancos en Irlanda	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/08/1497	13 Octubre 2008
N9/2009 – Recapitalización de Anglo Irish Bank	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/09/50	14 Enero 2009
N356/2009 – Recapitalización de Anglo	Decisión de no formular	26 Junio 2009

Irish Bank	objeciones a la medida notificada IP/09/1045	
N61/2009 – Cambio de propiedad de Anglo Irish Bank	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/09/271	17 Febrero 2009
N149/2009 – Recapitalización del Bank of Ireland	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/09/483	26 Marzo 2009
N241/2009 – Recapitalización de Allied Irish Bank	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/09/744	12 Mayo 2009
N349/2009 – Revisión del esquema de garantías para las instituciones financieras irlandesa	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/09/1787	20 Noviembre 2009
N198/2010 - Prolongación	EXME/10/0531	31 Mayo 2010
N254/2010 - Extensión	IP/10/854	28 Junio 2010
N487/2010 – Extensión (including garantías on short-term liabilities)	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada EXME/10/10.11	10 Noviembre 2010
N725/2009 – Esquema irlandés de tratamiento de activos deteriorados [National Asset Management Agency (NAMA)]	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/10/198	26 Febrero 2010
NN11/2010 –Aprobación temporal de las medidas de rescate a favor de INBS	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/10/400	30 Marzo 2010
NN12/2010 y C11/2010 – Aprobación temporal de la segunda recapitalización de Anglo Irish Bank y reestructuración de Anglo Irish Bank	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada sobre la recapitalización, y apertura del procedimiento sobre la reestructuración IP/10/400	31 Marzo 2010
N160/2010 –Aprobación temporal de la recapitalización de EBS	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/10/658	2 Junio 2010
N564/2009 – Aprobación del plan de reestructuración de Bank de Ireland	Decisión de no formular objeciones a la medida	15 Julio 2010

	notificada IP/10/954	
N331/2010 – Aprobación de la transferencia del primer bloque de activos deteriorados bajo el esquema NAMA	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada EXME 10/03.08	3 Agosto 2010
NN35/2010 – Aprobación temporal de la tercera recapitalización de Anglo Irish Bank	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/10/1046	10 Agosto 2010
N347/2010 – Esquemas de garantía para las instituciones financieras irlandesas	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/10/1154	21 Septiembre 2010
SA.31919 – Aprobación de la transferencia del segundo bloque de activos deteriorados bajo el esquema NAMA	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada EXME 10/29.11	29 Noviembre 2010
SA.31891 – Segunda recapitalización de Allied Irish Bank	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/10/1765	21 Diciembre 2010
SA.32057 –Aprobación temporal de la cuarta recapitalización y de ciertas garantías a favor de Anglo Irish Bank	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/10/1765	21 Diciembre 2010
SA.31714 – Segunda recapitalización del Irish Nationwide Building Society (INBS)	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/10/1765	21 Diciembre 2010

ITALIA

Tipo de medida y beneficiario	Tipo de decisión <u>Nota informativa</u>	Fecha de la adopción
N520a/2008 – Esquema de garantías para los bancos italianos	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/08/1706	14 Noviembre 2008
N328/2009 - Prolongación	IP/09/929	16 Junio 2009
N648/2008 – Esquema de recapitalización	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/08/2059	23 Diciembre 2008
N97/2009 – Modificación		20 Febrero 2009

N466/2009 – Prolongación	MEX/09/1006	6 Octubre 2009
N425/2010 – Prolongación	EXME/10/21.10	21 Octubre 2010

LETONIA

Tipo de medida y beneficiario	Tipo de decisión <u>Nota informativa</u>	Fecha de la adopción
NN68/2008 – Medidas de apoyo público a Parex Banka	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/08/1766	24 Noviembre 2008
NN3/2009 – Modificación de las decisiones		11 Febrero 2009
N189/2009 – Modificación de las decisiones	IP/09/732	11 Mayo 2009
N638/2008 – Esquema de garantías para los bancos	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/08/2054	22 Diciembre 2008
N326/2009 – Prolongación	EXME/09/0630	30 Junio 2009
N664/2009 – Segunda prolongación	EXME/09/1217	17 Diciembre 2009
N223/2010 – Extensión	IP/10/839	24 Junio 2010
NN60/2009 – Inyección de capital para Mortgage Bank de Letonia	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/09/1742	19 Noviembre 2009
C26/2009 – Reestructuración de Parex Banka	Final positive decision IP/10/1127	15 Septiembre 2010

LITUANIA

Tipo de medida y beneficiario	Tipo de decisión <u>Nota informativa</u>	Fecha de la adopción
N200/2009 y N47/2010 – Medidas de apoyo para las instituciones financieras lituanas (garantías, recapitalización y tratamiento de activos deteriorados)	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/10/1032	5 Agosto 2010
SA.32188 – Extensión	EXME/11/21.1	21 Enero 2011

LUXEMBURGO

	Tipo de decisión	Fecha de la
--	------------------	-------------

Tipo de medida y beneficiario	<u>Nota informativa</u>	adopción
N344/2009&N380/2009 – Ayuda a la reestructuración de Kaupthing Bank Luxembourg	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/09/1107	9 Julio 2009

PAÍSES BAJOS

Tipo de medida y beneficiario	Tipo de decisión <u>Nota informativa</u>	Fecha de la adopción
N524/2008 - Esquema de garantías para las instituciones financieras holandesas	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/08/1610	30 Octubre 2008
N379/2009 - Prolongación y modificación	EXME/09/0707	7 Julio 2009
N669/2009 – Segunda prolongación	EXME/09/1217	17 Diciembre 2009
N238/2010 - Extensión	IP/10/864	29 Junio 2010
N528/2008 – Medida a favor de ING	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/08/1699	13 Noviembre 2008
N569/2008 – Medida a favor de Aegon	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/08/1822	27 Noviembre 2008
N611/2008 - Inyección de capital en SNS REAAL	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/08/1951	10 Diciembre 2008
C10/2009 – Ayuda a la liquidez a favor de ING	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/09/514	31 Marzo 2009
C10/2009 – Plan de reestructuración y ayuda a la liquidación de activos de ING	Decisión positiva final IP/09/1729	18 Noviembre 2009
N371/2009 – Aprobación del recapitalización de SNS REAAL	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/10/82	28 Enero 2010
N19/2010, NN 2/2010, C11/2009 – Aprobación temporal del paquete de recapitalización a favor de ABN AMRO y Fortis Bank Nederland	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/10/138	4 Febrero 2010
N372/2009 – Aprobación de la recapitalización de Aegon	Decisión de no formular objeciones a la medida	17 Agosto 2010

	notificada IP/10/1053	
SA.29832 – ING call de hybrid instruments	IP/10/1619	30 Noviembre 2010

POLONIA

Tipo de medida y beneficiario	Tipo de decisión <u>Nota informativa</u>	Fecha de la adopción
N208/2009 – Esquema polaco de apoyo a las instituciones financieras (garantías y apoyo a la liquidez)	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/09/1360	25 Septiembre 2009
N 658/2009 – Prolongación	EXME/10/0209	9 Febrero 2010
N236/2010 – Segunda prolongación	IP/10/864	29 Junio 2010
SA.31923 – Tercera prolongación	EXME 10/16.12	16 Diciembre 2010
N302/2009 – Esquema de recapitalización de los bancos polacos	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/09/1979	21 Diciembre 2009
N 262/2010 – Prolongación		5 Julio 2010
SA.31924 – Segunda extensión	EXME/10/16.12	16 Diciembre 2010

PORTUGAL

Tipo de medida y beneficiario	Tipo de decisión <u>Nota informativa</u>	Fecha de la adopción
NN60/2008 - Garantía esquema para instituciones de crédito in Portugal	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/08/1601	29 Octubre 2008
N51/2010 – Prolongación	EXME/10/0222	22 Febrero 2010
N 315/2010 – Extensión	IP/10/997	23 Julio 2010
SA.32158 – Tercera prolongación	EXME/11/21.1	21 Enero 2011
NN71/2008 – Garantia a favor de Banco Privado Português	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/09/400	13 Marzo 2009
N556/2008 – Esquema de recapitalización de bancos	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/09/818	20 Mayo 2009

N 80/2010 – Prolongación	EXME/10/0317	17 Marzo 2010
N314/2010 – Segunda prolongación	IP/10/997	23 Julio 2010
SA.32157 – Tercera extensión	EXME/11/21.1	21 Enero 2011
C33/2009 – Decisión de recuperación de ayuda ilegal Banco Privado Português	Decisión negative con recuperación IP/10/972	20 Julio 2010

REINO UNIDO

Tipo de medida y beneficiario	Tipo de decisión <u>Nota informativa</u>	Fecha de la adopción
NN41/2008 – Ayuda de salvamento a Bradford y Bingley	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/08/1437	1 Octubre 2008
N507/2008 – Esquema de ayudas al sector financiero británico (Garantías, Recapitalización y otras medidas)	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/08/1496	13 Octubre 2008
N650/2008 - Amendment to the Decision		23 Diciembre 2008
N193/2009 - Prolongación	IP/09/586	15 Abril 2009
N537/2009 – Prolongación	EXME/10/13	13 Octubre 2009
N677/2009 - Prolongación	EXME/09/1217	17 Diciembre 2009
N111/2009 – Esquema de garantía a favor de Working capital	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/09/471	24 Marzo 2009
Esquema de garantía	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/09/613	21 Abril 2009
Prolongación	EXME/09/1027	27 Octubre 2009
C14/2008 – Paquete de reestructuración para Northern Rock	Decisión final sometida al procedimiento de investigación IP/09/1600	28 Octubre 2009
N428/2009 – Plan de reestructuración de Lloyds Banking Group	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/09/1728	18 Noviembre 2009
N422/2009 y N621/2009 – Medida de tratamiento de activos y plan de reestructuración a favor de Royal Bank de Scotland	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/09/1915	14 Diciembre 2009

N194/2009 – Ayuda a la liquidación de Bradford & Bingley	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/10/47	25 Enero 2010
NN19/2009 – Reestructuración de Dunfermline Building Society	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/10/48	25 Enero 2010

SUECIA

Tipo de medida y beneficiario	Tipo de decisión <u>Nota informativa</u>	Fecha de la adopción
N533/2008 – Medidas de apoyo al sector financiero en Suecia (Garantías)	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/08/1600	29 Octubre 2008
N26/2009 – Modificación de la decisión	IP/09/186	28 Enero 2009
N154/2009 – Modificación y prolongación	IP/09/652	28 Abril 2009
N544/2009 – Prolongación	EXME/09/1026	26 Octubre 2009
N 127/2010 – Segunda Prolongación	EXME/10/0422	22 Abril 2010
N 207/2010 – Prolongación del esquema de garantías	EXME/10/0615	15 Junio 2010
SA.31949 – Prolongación	EXME 10/01.12	1 Diciembre 2010
NN64/2008 – Medidas de rescate al Carnegie Investment Bank	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/08/1977	15 Diciembre 2008
N69/2009 – Esquema de recapitalización	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/09/241	11 Febrero 2009
N436/2009 - Prolongación	EXME/09 / 0805	5 Agosto 2009
NN 18/2010 – Clearance de la ayuda a la reestructuraciónfor Carnegie Investment Bank	Decisión de no formular objeciones a la medida notificada IP/10/558	12 Mayo 2010

Por su parte, el siguiente cuadro muestra los casos en los que la Comisión ha mostrado dudas sobre la compatibilidad del mercado común y por ello ha abierto un

procedimiento más extenso de investigación de las medidas a fecha de 31 de enero de 2011.

País	Tipo de medida y beneficiario	Fecha de la apertura de la investigación formar	
Alemania	C15/2009 – Paquete de ayudas para Hypo Real Estate (reestructuración) Extensión y aprobación temporal de la inyección de capitales	7 Mayo 2009 IP/09/712 13 Noviembre 2009 IP/09/1708	<i>Asunto en proceso de evaluación</i>
Alemania, Austria	C16/2009 – Paquete de ayudas para Bayern LB y su filial austríaca Hypo Group Alpe Adria Extensión C 16/2009 – Aprobación temporal de la extensión de la ayuda a la reestructuración a favor de Hypo Group Alpe Adria	12 Mayo 2009 IP/09/742 23 Diciembre 2009 IP/09/1998 22 Junio 2010 IP/10/774	<i>Asunto en proceso de evaluación</i>
Alemania	C29/2009 – Paquete de ayuda para HSH Nordbank AG	22 Octubre 2009 IP/09/1577	<i>Asunto en proceso de evaluación</i>
Alemania	C43/2009 – WestLB: investigación sobre la creación de un « bad bank » C43/2009 – Aprobación temporal de la prolongación de la ayuda a WestLB C43/2009 – Extensión	22 Diciembre 2009 IP/09/1996 22 Junio 2010 IP/10/774 5 Noviembre 2010 IP/10/1472	<i>Asunto en proceso de evaluación</i>
Irlanda	C11/2010 – Aprobación temporal de la segunda recapitalización de Anglo Irish Bank y	31 Marzo 2010 IP/10/400	<i>Asunto en proceso de evaluación</i>

	reestructuración de Anglo Irish Bank		
Irlanda	C25/2010 – Reestructuración de EBS	11 Octubre 2010 IP/10/1310	<i>Asunto en proceso de evaluación</i>
Países Bajos	C11/B/2008 – Medidas estatales a favor de Fortis Bank Nederland (FBN) y de ABN Amro Extensión	8 Abril 2009 IP/09/565 4 Febrero 2010 IP/10/138	<i>Asunto en proceso de evaluación</i>
<i>Hungría</i>	<i>SA.29608 – Recapitalización de FHB</i>	<i>16 Diciembre 2010 IP/10/1731</i>	<i>Sustitución de la decisión</i>
Hungría	SA.29608 (C37/2010) – Recapitalización de FHB	24 Enero 2011	<i>Asunto en proceso de evaluación</i>

7. REVISIÓN JUDICIAL DE LAS DECISIONES DE LA COMISIÓN POR PARTE DE LA JURISDICCIÓN EUROPEA

Hasta el momento no se ha producido un número significativo de recursos presentados ante la jurisdicción europea relativos a las ayudas al sector financiero en el contexto de la presente crisis. Solamente existe una resolución en el que el Tribunal General se ha pronunciado en este ámbito. Se trata de la sentencia pronunciada el 2 de marzo de 2012 en los asuntos acumulados T-29/10, Países Bajos c. Comisión y T-33/10, ING c. Comisión⁶²⁵. En ella, el Tribunal General ha anulado parcialmente la decisión de la Comisión sobre las diferentes ayudas concedidas a

⁶²⁵ STG de 2 de marzo de 2012, *Países Bajos c. Commission*, T-29/10 y T-33/10, todavía no publicada.

ING Groep NV (ING) a causa de la crisis financiera⁶²⁶. En esencia, según el Tribunal General, la Comisión no ha demostrado, en este particular asunto, que la modificación de las condiciones de amortización de una aportación de capital por parte de los Países Bajos implicaba una ventaja que un inversor privado situado en la misma posición no habría concedido. Las características de este asunto son ciertamente ilustrativas a la hora de demostrar la dificultad a la que se enfrenta ordinariamente la Comisión a la hora de evaluar las medidas de apoyo a las instituciones financieras en crisis, y el papel ciertamente complejo que le corresponde también a los tribunales europeos en tanto que revisores de la legalidad de las decisiones de la Comisión.

De entrada, conviene señalar que, en los Países Bajos, la crisis financiera ha provocado, tal y como se ha expuesto anteriormente, varias intervenciones por parte del Estado neerlandés. Entre ellas, destacan las ayudas al grupo Fortis, cuya parte neerlandesa, incluido el banco ABN Amro, fue nacionalizada el 3 de octubre de 2008. También han sido significativas las ayudas articuladas bajo la forma de la recapitalización, relacionadas con Aegon, SNS Reaal e ING Groep NV (ING). Respecto a esta última entidad, ING constituye un ejemplo de institución considerada como « esencialmente sólida » en el contexto de la presente crisis, y por ello fue objeto de tres medidas de ayuda. Según el Estado neerlandés, dichas ayudas

⁶²⁶ Decisión 2010/608/CE de la Comisión, de 18 de noviembre de 2009, relativa a la ayuda estatal C 10/09 (ex N 138/09) ejecutada por los Países Bajos para el mecanismo de suscripción de reserva de activos no líquidos y el Plan de reestructuración de ING (DO L 274, p. 139).

estaban destinadas a mantener la continuidad del sistema de pagos y del mercado interbancario en los Países Bajos.

La primera medida de ayuda consistía en un aumento de capital realizado el 11 de noviembre de 2008, mediante la emisión de títulos híbridos que no atribuían derecho de voto ni derecho a dividendos, íntegramente suscritos por los Países Bajos. Esa operación permitió a ING aumentar su capital de base de clase 1 en 10.000 millones de euros, pasando de 6,5 % a 8 % tras el aumento de capital. Según las condiciones de amortización inicialmente pactadas, a iniciativa de ING, los títulos debían recomprarse a 15 euros por título (lo que representaba una prima de amortización del 50 % sobre el precio de emisión de 10 euros), o bien convertirse en acciones ordinarias a los tres años, con la base de un título por una acción. Si ING elegía la opción de conversión, el Estado neerlandés tenía no obstante la facultad de obtener de ING la recompra de los títulos a 10 euros por título más los intereses devengados. Sólo debía pagarse al Estado un cupón por los títulos si ING pagaba un dividendo por las acciones ordinarias. La segunda medida de ayuda consistía en un intercambio de flujos de tesorería relacionados con activos depreciados de una cartera de títulos asociados a créditos hipotecarios de vivienda concedidos en los Estados Unidos cuyo valor había bajado considerablemente. La tercera medida de ayuda consistía en garantías de obligaciones asumidas por ING, concedidas por el Estado neerlandés, cuantificadas en más de 12.000 millones de euros.

Las condiciones de amortización de la primera ayuda se modificaron después para una parte de la aportación de capital. Las nuevas condiciones que el Estado neerlandés comunicó a la Comisión permitían a ING recomprar la mitad de los títulos al precio de emisión de 10 euros por título, más los intereses devengados correspondientes al cupón del 8,5 % anual, y una prima por amortización anticipada si la cotización de la acción de ING fuera superior a 10 euros. Esa operación garantizaba al Estado neerlandés una tasa interna de rentabilidad mínima del 15 %.

Al término del procedimiento administrativo de evaluación de la compatibilidad de la ayuda con el mercado interior, la Comisión calificó el aumento de capital de ING suscrito por el Estado neerlandés como ayuda y consideró que conllevaba una medida de «ayuda adicional de cerca de 2.000 millones de euros» a raíz de la modificación de las condiciones de amortización de esa ayuda. Como conclusión de su análisis, la Comisión indicó en el primer párrafo del artículo 2 de la Decisión impugnada que «la ayuda de reestructuración concedida por los Países Bajos a ING constituye ayuda estatal a tenor del artículo 87 [CE], apartado 1» y en el segundo párrafo que «la ayuda es compatible con el mercado común, supeditada a los compromisos expuestos en el anexo II».

Tanto el Estado neerlandés como ING, a los que se ha unido el Banco central de los Países Bajos en tanto que parte coadyuvante, han impugnado esa decisión de 18 de noviembre de 2009 ante el Tribunal General, en especial por lo que se refiere a la

apreciación de la Comisión de que las medidas adoptadas por el Estado neerlandés conllevaban una ayuda adicional de 2.000 millones de euros.

En su razonamiento, el Tribunal General ha considerado la Comisión cometió un error y que dicha institución no podía limitarse a apreciar que la modificación de las condiciones de amortización de la aportación de capital constituía ipso facto una ayuda de Estado. A estos fines, habría de haber procedido al examen previo de la cuestión de saber si la modificación realizada confería a ING una ventaja que un inversor privado situado en la misma posición que el Estado neerlandés no habría aceptado. Dicho examen presuponía en particular comparar las condiciones de amortización iniciales con las modificadas.

En particular, el Tribunal General ha señalado que no se deduce de la decisión de 18 de noviembre de 2009 que la Comisión hubiera efectuado esa comparación. La Comisión se limitó a indicar que la modificación de las condiciones de amortización daba lugar a una pérdida de ingresos para el Estado neerlandés, sin tener en cuenta que las condiciones iniciales no preveían una obligación sino sólo la facultad de que ING recomprara los títulos suscritos por el Estado neerlandés en el plazo de tres años previsto al efecto. Además, en noviembre de 2008, la Comisión había considerado que, « como reflejo del mercado en crisis », el rendimiento esperado por el mercado para títulos de la naturaleza de los emitidos con ocasión de la aportación de capital era de « 15 % o más ». La Comisión consideraba ese rendimiento demasiado alto y en esa fase se contentaba con un rendimiento de « más del 10 % ».

De ello resulta que la Comisión estimó que inversores privados podían estar interesados por dichos títulos. El Tribunal General considera por tanto que no podía excluirse que tales inversores hubieran podido seguir interesados por ese rendimiento en noviembre de 2009, en un momento en el que la crisis financiera se percibía con menor fuerza y en el que cabe pensar que el rendimiento esperado por el mercado habría podido ser menor. En ese contexto, la Comisión no examinó por qué razón un rendimiento comprendido entre el 15 % y el 22 %, atribuido al Estado neerlandés a raíz de la modificación de las condiciones de amortización, no correspondía a lo que podía esperar razonablemente un inversor privado ante una situación similar, es decir un titular de valores de la misma naturaleza que los emitidos con ocasión de la aportación de capital que pudieran ser amortizados por el emisor. El Tribunal General estima que la Comisión no podía adoptar su Decisión sin tener en cuenta tales datos y examinar su incidencia en su apreciación de la ayuda.

8. CONSIDERACIONES FINALES

Han transcurrido ya más de tres años desde que las instituciones comunitarias tomaran la iniciativa frente a la crisis financiera. Desde entonces, la Comisión ha coordinado la labor de los Estados miembros de la Unión Europea sobre la base del régimen de ayudas de Estado haciendo un gran esfuerzo para trasladar el mensaje de que la crisis económica no puede suponer una pérdida de todo el avance que se ha conseguido en los últimos años en materia de control de competencia. Ello ha sido

posible gracias a la utilización del artículo 107, apartado 3, letra b), TFUE, como base jurídica para declarar la compatibilidad con el mercado común de las medidas de ayudas adoptadas por los Estados. El contenido de esta disposición ha sido desarrollado por el nuevo marco de evaluación sobre ayudas a favor de las instituciones financieras que ha guiado a los Estados en sus intentos por restaurar la confianza en el sistema financiero.

Ahora bien, el presente capítulo ha expuesto cómo, por lo que se refiere al ámbito de las ayudas de Estado del Tratado, la Comisión ha orientado su aplicación a la consecución de un objetivo que no está estrictamente ligado a la maximización del bienestar de los consumidores. Este objetivo ha venido impuesto por la coyuntura económica actual, en la cual la intervención estatal en el rescate de los bancos y la reestructuración se lleva a cabo en el contexto de la necesidad vital para garantizar la estabilidad financiera y restaurar la confianza del mercado.

Sobre la base de las necesidades inmediatas de salvaguardar la estabilidad financiera y la confianza del mercado, las Comunicaciones publicadas por la Comisión ofrecen un marco equilibrado para la evaluación de las ayudas de reestructuración con miras a restablecer la viabilidad de los bancos beneficiarios, sin apoyo estatal continuado y volver a un funcionamiento del mercado competitivo.

Sin embargo, el recurso a una mayor flexibilidad en la aplicación de las normas relativas al control de las concentraciones en relación con el sector financiero era

fácil de anticipar si se atiende a que las características especiales de este sector, las cuales hacen que sea el más vulnerable frente a los riesgos sistémicos. En efecto, la caída de un banco al que no se le permite fusionarse o ser adquirido por otro como medio para su reestructuración o rescate puede tener repercusiones irreversibles no solamente en el sistema financiero, sino también en la economía real.

Por otro lado, según ha reiterado la Comisión, es preciso lograr un equilibrio entre aspectos relativos a la competencia y los objetivos de restaurar la estabilidad financiera, garantizar la concesión de préstamos a la economía real y afrontar el riesgo de insolvencia. Por un lado, las condiciones a las que los bancos puedan acceder al capital deben ser lo suficientemente favorables para que la recapitalización tenga la eficacia necesaria. Por otro, las condiciones vinculadas a cualquier medida de recapitalización deben garantizar la igualdad de condiciones y, a más largo plazo, el restablecimiento de las condiciones normales de mercado.

Por ello, desde determinados ámbitos, se ha sostenido que la aplicación flexible de las normas de competencia puede estar justificada si el coste de la alternativa de dejar caer a bancos esenciales para el sector bancario resulta muy elevado. Es por todo lo anterior que uno de los valores que las autoridades de la competencia han mostrado en esta época de crisis, tanto a nivel de la Unión como a nivel nacional, es el de la prudencia.

Ahora bien, un planteamiento que sustancialmente deja al margen cualquier consideración en materia de competencia es equivocado. En condiciones económicas normales, los mercados competitivos han de funcionar en beneficio de los consumidores y de las empresas eficientes. Durante un periodo de bonanza económica, las empresas se benefician de las inversiones rentables y obtienen ganancias. Durante una recesión, las empresas han de adaptarse y reducir el gasto, y aquellas más ineficientes, con productos menos atractivos y más altos costes, han de salir del mercado para dejar paso a las empresas más innovadoras. Las normas de competencia tratan de impedir que la manipulación artificial de este patrón tenga efectos negativos en la competencia, ya sea mediante normas destinadas a evitar la exclusión de rivales eficientes, la fusión de importantes competidores o las subvenciones discriminatorias públicas.

La vulneración de las normas y de las políticas de la competencia erosiona el mecanismo del mercado y lleva a consecuencias adversas a medio y largo plazo. Con el tiempo, los precios aumentan generalmente en detrimento de los consumidores, y la calidad del producto tiende a empeorar. Ello también puede resultar de una política demasiado flexible. Asimismo, una política de competencia flexible puede validar el comportamiento imprudente de las empresas beneficiarias, tales como los bancos en el contexto actual. Además, puede considerarse más conveniente el control de concentraciones *ex ante* frente a un control *ex post* sobre la base de las disposiciones en materia de abuso de posición dominante.

Asimismo, ha de observarse que, por el momento, la Comisión ha declarado compatibles con el mercado común gran parte de las medidas notificadas por los Estados sobre la base del artículo 107, apartado 3, letra b) TFUE, y solamente han sido abiertos seis procedimientos de investigación formal conforme al artículo 108, apartado 2 TFUE. Esta circunstancia merece las dos siguientes observaciones:

(1) En primer lugar, el fundamento del TFUE escogido por la Comisión para declarar la compatibilidad de las ayudas a favor de las instituciones financieras ha resultado ser un cheque en blanco para la institución europea, en la medida en que, prácticamente, dicho fundamento no había sido aplicado en el pasado y en que ningún precedente podía limitar, por lo tanto, el contenido con que se le decidiera dotar. En este sentido, se ha sostenido que el nuevo marco trata solamente de maquillar, a título formal, la vulneración sistemática de los principios del régimen europeo de ayudas públicas que se ha cometido en todo caso por parte de los Estados a la hora de ejecutar el denominado « *bail out* » europeo⁶²⁷.

(2) En segundo lugar, debido al momento en que se ha producido la intervención de ayuda en unos y otros Estados miembros, han existido grandes diferencias entre las condiciones impuestas en cada caso para la recapitalización de las entidades beneficiarias de ayudas. Esta diferencia en el trato ha agravado los efectos negativos en el mercado, y ello a pesar de los esfuerzos de la Comisión por evitar distorsiones

⁶²⁷ V., en este sentido, D'SA, R. M., precitado, p. 144, y el Informe UNCTAD, precitado, p. 3.

en la competencia. De modo que, en realidad, el mensaje de la Comisión no es tan consistente en la práctica. Si bien puede afirmarse que la Comisión está dando flexibilidad al procedimiento, aunque manteniendo la consistencia en la aplicación de las reglas sustantivas⁶²⁸, la mayoría de la doctrina contesta la utilización del artículo 107, apartado 3, letra b), TFUE e insiste en que la aplicación de esta base supone un retroceso en la política de competencia relativa a la reestructuración de empresas en dificultad. Algunos autores han sostenido que, debido a la manera y el modo en que la Comisión ha establecido los mecanismos de control de las ayudas ofrecidas a las instituciones europeas, han existido grandes diferencias entre las condiciones impuestas en cada caso para la recapitalización de las entidades beneficiarias de las ayudas⁶²⁹. Puede especularse sobre la posibilidad de que el Tribunal General recibirá un número importante de recursos de anulación sobre la base del artículo 262 TFUE de las decisiones de compatibilidad de la Comisión. Además, tal y como se extrae del último cuadro de indicadores publicado por la Comisión, la tendencia en la buena aplicación de las ayudas, conforme con el *Plan de Acción de Ayudas de Estado*, ha sido precisamente reinvertida con la nueva aproximación de la Comisión. También puede observarse que la Comisión da por hecho que todas las medidas adoptadas por los Estados son ayudas de Estado, y pasa directamente a declarar su compatibilidad. Sin embargo, es sabido por todos que los instrumentos utilizados para paliar la crisis solamente son ayudas en la medida en que no responden al criterio de inversor privado.

⁶²⁸ GERARD, D., precitado, p. 46.

⁶²⁹ URÍA, F., precitado, p. 1.

Capítulo Sexto

El control de concentraciones en el contexto de la crisis

Artículo 2 del Reglamento europeo de concentraciones

« Evaluación de las concentraciones

[...]

3. Las concentraciones que sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, se declararán incompatibles con el mercado común.

[...] »

• PLANTEAMIENTO

El derecho de la competencia, tanto a nivel europeo como nacional, prevé de ordinario una serie de instrumentos cuya finalidad es la de reservar, a las autoridades encargadas de su aplicación, un cierto margen de flexibilidad para supuestos en los que una empresa se encuentra en una situación económicamente crítica. Estos instrumentos están presentes fundamentalmente en el régimen de ayudas públicas, tal y como ha sido examinado en el capítulo anterior, aunque también en el relativo al control de concentraciones.

En muchas ocasiones, éstos no consisten más que en aliviar las obligaciones relativas al procedimiento administrativo en el que se evalúan los efectos en la competencia de la medida u operación en cuestión. En otras, en cambio, la flexibilidad concierne el fondo de la propia evaluación y supone la aceptación de un enfoque más permisivo respecto de las distorsiones en la competencia. En este último supuesto, no obstante, la flexibilidad no es ilimitada, puesto que, en principio, se encuentra sujeta a la asunción de una serie de compromisos por parte de la empresa en dificultades destinadas a compensar la mayor benevolencia que se le concede en la aplicación de las normas de competencia, o bien exige la prueba de una serie de circunstancias que solamente concurren en la práctica en contadas ocasiones.

Ahora bien, desde el comienzo de la crisis financiera, la atención en la Unión Europea se ha centrado en saber si los instrumentos de flexibilidad reconocidos en las normas de la competencia permitirían abordar por sí mismos no ya solamente las dificultades de una empresa, sino las de todo un sector como el financiero. En particular, se ha cuestionado si sería necesario acudir a fórmulas de carácter extraordinario a la luz de las cuales declarar la compatibilidad con el mercado común de todas las medidas adoptadas por los Estados miembros en su empeño frente a la crisis. Entre éstas, destaca la de autorizar un esquema de ayudas o una concentración sobre el único fundamento de la estabilidad financiera. Esta cuestión

se enmarca en un debate aún más amplio, mantenido a escala global⁶³⁰, sobre si el derecho de la competencia podría convertirse en un obstáculo a la hora de combatir eficazmente la crisis, teniendo en cuenta, principalmente, que muchas de las medidas necesarias para restablecer la confianza entre los agentes económicos y para estabilizar el sistema financiero podrían resultar perjudiciales para la competencia en el largo plazo. En el trasfondo de este debate, se hace patente el riesgo de descrédito al que se enfrenta el derecho de la competencia en el supuesto de que se procediera a la autorización sistemática de todas las ayudas y operaciones de concentración promovidas por los Estados.

El análisis relativo a la cuestión de saber hasta qué punto la modulación del régimen europeo de ayudas de Estado ha respondido a uno u otro enfoque ya ha hecho el objeto del capítulo precedente⁶³¹. El presente capítulo se centra, en cambio, en la experiencia relativa al control de concentraciones.

⁶³⁰ V., a este respecto, el informe de la OCDE, « Competition and Financial Markets – Key Findings », 2009, disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/9/22/43067294.pdf>, y el informe de UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, « The role of competition advocacy, merger control and the effective enforcement of law in times of economic trouble », presentado en el marco de la *Sixth United Nations Conference to review all aspects of the set of multilaterally agreed equitable principles and rules for the control of restrictive business practices* celebrado en Ginebra en noviembre de 2010 (en adelante « informe UNCTAD »).

⁶³¹ Otros estudios sobre esta misma cuestión son BAUDENBACHER, C. y BREMEN, F., « European state aid and merger control in the financial crisis – From negative to positive integration », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 1, n° 4, 2010, y REYNOLDS, M., MACRORY, S., y CHOWDHURY, M., « EU competition policy in the financial crisis: extraordinary measures », *Fordham Int'l Law Journal*, n° 33, junio 2010, p. 1670.

Dentro de este marco, y tras unas consideraciones liminares sobre la función de las concentraciones en el contexto de la crisis, los epígrafes siguientes examinan de qué instrumentos de flexibilidad disponen ordinariamente las autoridades encargadas del control de concentraciones para supuestos de empresas en dificultades y en qué medida han resultado ser suficientes en la práctica reciente para determinar la conformidad con el derecho de la competencia de las fusiones y adquisiciones que se han llevado a cabo en el sector bancario. La circunstancia de que las concentraciones en el periodo de crisis hayan sido analizadas bien por la Comisión o por las autoridades de la competencia de los Estados miembros, dependiendo de la dimensión comunitaria o nacional de la operación en particular, permite observar un distinto grado de flexibilidad en unos y otros casos.

1. EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS

A. Las concentraciones en el sector bancario europeo

Tal y como señalamos en el capítulo anterior, si bien la causas que han dado lugar a la crisis actual todavía son objeto de debate entre los especialistas, a modo de simplificación puede convenirse que la depreciación vertiginosa que experimentaron las hipotecas subprime en Estados Unidos a finales de 2007 supuso un fuerte impacto en los mercados financieros internacionales que tuvo como resultado una pérdida generalizada de la confianza entre los agentes económicos. Esta crisis vino precedida de un largo periodo de crecimiento rápido, liquidez abundante, premiums

de bajo riesgo, alto apalancamiento y precios de activos al alza. La incertidumbre generada en la actualidad ha traído consigo la paralización del flujo del crédito interbancario y la restricción al acceso a la liquidez por parte de bancos y particulares, y ha extendido lo que inicialmente era un problema exclusivo del sector financiero a otros sectores económicos⁶³². La caída de bancos de solidez financiera ha agravado esta situación considerablemente por cuanto ha expuesto el carácter sistémico de la crisis y ha mostrado que la insolvencia de una o varias instituciones financieras puede dar lugar a un efecto dominó con repercusiones imprevisibles en toda la economía. Por otro lado, la ralentización de las transacciones de las entidades de crédito y de los fondos de capital, y en particular la disminución de las concentraciones, ha sido uno de los aspectos más llamativos de la crisis financiera actual, principalmente por el contraste que supone respecto del ritmo que se venía registrando en la Unión Europea en este tipo operaciones. Prueba de ello ha sido, entre otras, el descenso del número de notificaciones de operaciones de concentración que la Comisión ha recibido en los últimos tres años⁶³³.

⁶³² V., a este respecto, el informe del HIGH LEVEL GROUP ON FINANCIAL SUPERVISION IN THE EU, liderado por Jacques de Larosière, disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf

⁶³³ Cabe señalar que si bien 2007 supuso un record en el número de notificaciones de operaciones de concentración, este número ha sido un 30% menor en 2008 y 2009 y las estadísticas publicadas por la Comisión no han mostrado un cambio en esta tendencia en 2010. Estas cifras se encuentran disponibles en <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>.

El sector bancario tampoco ha podido sustraerse de la realidad anterior y ha experimentado, por su parte, una reducción considerable en el número de adquisiciones y fusiones. Ello se ha producido a pesar de que, tal y como ha tenido ocasión de señalar el Banco Central Europeo, este sector viene mostrando en la última década un proceso de consolidación caracterizado por una marcada tendencia hacia la disminución del número total de instituciones financieras⁶³⁴. En todo caso, las concentraciones de bancos se han visto reducidas en un 25% desde septiembre de 2008⁶³⁵, al igual que ha disminuido de manera significativa el valor de aquellas operaciones finalmente ejecutadas⁶³⁶. La mayor parte de las concentraciones llevadas a cabo a partir de esta fecha han presentado, además, un carácter no

⁶³⁴ BANCO CENTRAL EUROPEO, « EU Banking Structures », septiembre 2010, p. 15, disponible en <http://www.ecb.int/pub/pdf/other/eubankingstructures201009en.pdf>.

⁶³⁵ Esta es la fecha que generalmente se ha convenido para señalar el inicio de la crisis financiera y que coincide con la solicitud de protección que el banco norteamericano LEHMAN BROTHERS presentó con arreglo al capítulo 11 del U.S. Bankruptcy Code (15 de septiembre de 2008). V., para más detalles, EUROPEAN COMMISSION (*Economic and Financial Affairs*), « Economic crisis in Europe: causes, consequences and responses », European Economy 7, 2009, p. 9, disponible en http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/publication158107_en.pdf

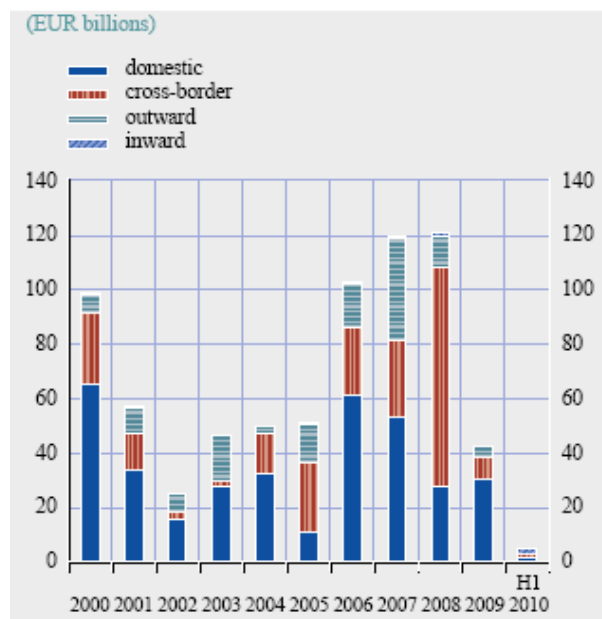
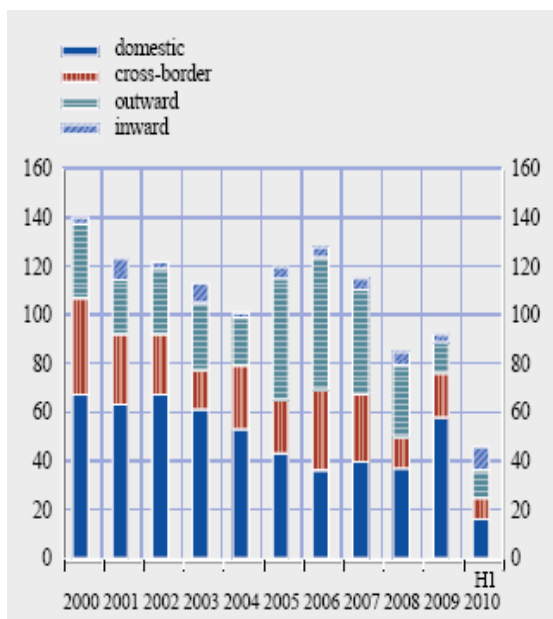
⁶³⁶ Esta circunstancia se pone de manifiesto al comprobar que la operación de adquisición de ABN AMRO por el consorcio formado por el ROYAL BANK OF SCOTLAND, FORTIS y BANCO SANTANDER, que tuvo lugar en el periodo anterior al comienzo de la crisis, supuso un 90% del valor total de las operaciones de concentración en el sector bancario en ese año. V. BANCO CENTRAL EUROPEO, precitado, p. 15.

transfronterizo, con las únicas excepciones de las adquisiciones de Citibank Privatkunden por Banque Fédérative du Crédit Mutuel y las de Alliance&Leicester y Bradford&Bingley por Banco Santander Group. En cambio, en 2009, las operaciones de concentración repuntaron sensiblemente en este sector⁶³⁷, si bien este aumento continuó estando determinado por operaciones domésticas y/o de modesto valor. Fueron representativas las adquisiciones de Dresdner Bank por Commerzbank en Alemania y de HBOS por el Lloyds TSB en el Reino Unido. Como adquisiciones transfronterizas, en este mismo año destacaron la de Fortis por parte de BNP Paribas, que compró su participación a los Estados belga y luxemburgués, y la de Mellon United National Bank por parte de Banco Sabadell.

*Grafico 1– Número de transacciones (M&As); Gráfico 2 – Número de instituciones financieras*⁶³⁸

⁶³⁷ La tendencia de consolidación en el sector bancario se mantuvo incluso en 2009 a pesar de que los datos demuestren un ligero ascenso del número de instituciones financieras. Ello fue debido exclusivamente a la extensiva reclasificación de instituciones financieras que se llevó a cabo en Irlanda en ese mismo año. Sobre el fenómeno de la recalificación irlandesa, V. <http://www.ecb.int/press/pr/date/2009/html/pr090113.en.html>

⁶³⁸ BANCO CENTRAL EUROPEO, precitado, pp. 15 y 16.



En todo caso, el fenómeno de las concentraciones en el sector bancario no ha dejado de ser protagonista en el contexto de la crisis debido a la importancia que revisten estas operaciones como medios para recuperar la estabilidad perdida. En efecto, las fusiones y las adquisiciones entre entidades financieras se han concebido como una manera de contribuir a la consolidación del sector bancario con vistas a lograr los objetivos de estabilización de los mercados y la garantía de un flujo constante de crédito para la economía real⁶³⁹. En particular, la venta de entidades bancarias con problemas financieros a otras entidades solventes se ha planteado como una vía para favorecer la recuperación de la viabilidad a largo plazo y para restablecer la confianza en el mercado. Por estas mismas razones, las concentraciones de bancos

⁶³⁹ Comunicación de la Comisión de 5 de diciembre de 2008 sobre la recapitalización de las instituciones financieras en la crisis actual: limitación de las ayudas al mínimo necesario y salvaguardias contra los falseamientos indebidos de la competencia (DO C 10, p. 2), § 37.

han ido ligadas en muchos casos a planes más amplios de recuperación de entidades financieras promovidos por los Estados miembros de la Unión Europea y han venido integradas en los procesos de reestructuración aprobados por la Comisión dentro del marco de las ayudas públicas⁶⁴⁰. En este sentido, tanto las ayudas públicas como las concentraciones entre entidades bancarias se han presentado como mecanismos complementarios de respuesta frente a la crisis. Desde otra perspectiva, las concentraciones se han convertido en un medio idóneo para bascular el peso de la recuperación de la crisis financiera del sector público al sector privado⁶⁴¹.

B. Dimensión comunitaria versus Dimensión nacional

Por lo que se refiere al control de la competencia, conviene destacar, de entrada, que la evaluación de las operaciones de concentración entre instituciones financieras ha mostrado una particularidad que las diferencia de la manera, e incluso de la perspectiva, en que han sido abordados en Europa los supuestos de ayudas de Estado

⁶⁴⁰ Esta circunstancia se ha examinado también desde la perspectiva de las ayudas de Estado, dado que la Comisión ha reconocido que la operación de venta de un banco puede conllevar una ayuda en el sentido del Tratado. Véase, a este respecto, la comunicación de la Comisión 23 de julio de 2009 sobre la recuperación de la viabilidad y la evaluación de las medidas de reestructuración en el sector financiero en la crisis actual con arreglo a las normas sobre ayudas estatales (DO C 195, p. 9), apart. 17 y siguientes. De conformidad con esta comunicación, deberá garantizarse un proceso de venta transparente, objetivo, incondicional y no discriminatorio desde el punto de vista de la competencia para ofrecer igualdad de oportunidades a todos los licitadores potenciales.

⁶⁴¹ Informe UNCTAD, precitado, p. 4.

desde el comienzo de esta crisis. Se trata de que, por lo general, dicha evaluación no ha sido realizada por la Comisión, que es, en principio, la institución encargada de velar por que la competencia no sea falseada en el mercado común. En realidad, han sido principalmente las autoridades de la competencia de los diferentes Estados miembros, tales como la Office of Fair Trading del Reino Unido o la Bundeskartellamt en Alemania, quienes han tenido un papel más destacado a este respecto.

La creciente implicación de las autoridades nacionales, en detrimento de la de la Comisión, es debido a que la mayor parte de las concentraciones que se han llevado a cabo en la Unión Europea en los últimos tres años no presentaba dimensión comunitaria, ya sea porque no satisfacía los umbrales recogidos en el artículo 1, apartado 2, del reglamento de concentraciones, o porque resultaba de aplicación la denominada regla de los « dos tercios » prevista en el apartado 3 de esta misma disposición⁶⁴².

⁶⁴² Según el artículo 1, apartados segundo y tercero, del reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO L 24, p. 1) (en adelante, « reglamento de concentraciones »), bajo la rúbrica « ámbito de aplicación », una operación tendrá dimensión comunitaria cuando se cumplan con una serie de umbrales y criterios señalados en la propia disposición relativos al volumen de negocios de las empresas implicadas, tanto a escala comunitaria que a escala mundial. Ello es así salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total en la Comunidad en un mismo Estado miembro.

Lo anterior puede explicarse a su vez atendiendo a que las estrategias de expansión transfronteriza de los bancos europeos se encuentra suspendida a la espera de que se reactive la economía de manera estable (enfoque less expansion-driven, more defensive strategies) y a que numerosos bancos están intentando reequilibrar los balances de sus cuentas antes de acometer operaciones más allá de sus mercados nacionales (enfoque less financial investment-driven, more consolidation)⁶⁴³. También es un factor a tener en cuenta en este sentido los cambios que se están produciendo en materia de supervisión financiera, cuya entrada en vigor está prevista para enero de 2011⁶⁴⁴. Por otro lado, las desinversiones que algunas instituciones financieras están llevando a cabo, como consecuencia de los compromisos que adquieren con la Comisión tras la aprobación de los programas de

⁶⁴³ BANCO CENTRAL EUROPEO, precitado, p. 16.

⁶⁴⁴ El nuevo marco de supervisión financiera está formado por el European Systemic Risk Board (ESRB) y tres Autoridades de Supervisión Europea (ESAs). Estas son la Autoridad Bancaria Europea (EBA), la Autoridad Ocupacional de Pensiones (EIOPA) y la Autoridad de Valores y Mercados Europea (ESMA). Las tres se encuentran situadas en Londres, Frankfurt y París respectivamente. En términos elementales, la función de estas autoridades es la de controlar y detectar, en esencia, los riesgos de la actividad acumulada de las instituciones financieras y prever la posibilidad de una crisis sistémica como la presente. V. la Comunicación de la Comisión de 27 de mayo de 2009, « European financial supervision », disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/committees/supervision/communication_may2009/C-2009_715_en.pdf, que ha tenido como resultado la adopción reciente por parte del Consejo de una serie de instrumentos legislativos que desarrollan el nuevo sistema europeo de supervisión financiera, y que se encuentran disponibles en http://europa.eu/news/economy/2010/09/20100902_en.htm.

ayuda pública a su favor, están resultando de interés únicamente a entidades nacionales. Por último, tal y como ha indicado la Comisión, los mercados al por menor (« retail markets ») dentro del sector financiero, a saber, los préstamos a particulares y los depósitos, mantienen todavía un ámbito estrictamente nacional a pesar de las medidas adoptadas a nivel europeo para promover una mayor integración en este sentido⁶⁴⁵.

En cualquier caso, ello no significa que la Comisión se haya limitado a adoptar un papel testimonial en la presente crisis respecto del control de concentraciones. Su labor ha resultado destacada tanto por lo que se refiere a las operaciones que han presentado una dimensión comunitaria, en las cuales han estado implicados operadores de la Unión⁶⁴⁶ y de fuera la Unión⁶⁴⁷, como en ciertos supuestos de nacionalización. Asimismo, como es analizado más adelante, ha sido una clara defensora del planteamiento de que, en el ámbito del control de concentraciones, los

⁶⁴⁵ V., a este respecto, la definición de mercados de las decisiones de la Comisión de 17 de octubre de 2007, asunto COMP/M. 4844 — Fortis/ABN Amro (DO C 265, p.2), § 16, 75 y siguientes, y de 14 de mayo de 2009, asunto COMP/M.5508 — SoFFin/Hypo Real Estate (DO C 147, p. 8), § 28 y siguientes.

⁶⁴⁶ Decisión de la Comisión de 3 de diciembre de 2008, asunto COMP/M.5384, BNP Paribas/Fortis (DO C 7, p. 4); decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 2008, asunto COMP/M.5363 — Santander/Bradford&Bingley Assets (DO C 7, p. 4); decisión de la Comisión de 15 de septiembre de 2008, asunto COMP/M.5293 — Santander/Alliance&Leicester (DO C 7, p. 4);

⁶⁴⁷ Decisión de la Comisión de 4 de diciembre de 2008, asunto COMP/M.5361 — Bank of America/Merrill Lynch (DO C 293, p. 14).

instrumentos de flexibilidad previstos en el reglamento europeo son suficientes para acometer la presente crisis. Ello ha contrastado con el enfoque mucho más permisivo que se ha adoptado en el plano nacional con ocasión de la autorización de ciertas concentraciones entre entidades bancarias.

C. El caso particular de las nacionalizaciones

Respecto de las nacionalizaciones, cabe señalar que estas operaciones han sido un modo de adquisición muy común y destacado en el contexto actual⁶⁴⁸, a través de las cuales los activos de varias instituciones financieras privadas han pasado –total o parcialmente– a ser propiedad de los Estados⁶⁴⁹. En cierta medida, se han planteado como un medio preferible a las concentraciones exclusivamente privadas para

⁶⁴⁸ V. la decisión de la Comisión de 14 de mayo de 2009, precitada, relativa a la nacionalización de HYPO REAL ESTATE por parte el Estado alemán. Otros supuestos de nacionalización, si bien tratados por las autoridades nacionales, han sido los siguientes: (i) NORTHERN ROCK y BRADFORD & BINGLEY en el Reino Unido, antes de su adquisición por el BANCO SANTANDER GROUP; (ii) FORTIS, adquirido parcialmente por Bélgica, Holanda y Luxemburgo; (iii) BANCO PORTUGUÉS DE NEGÓCIOS, S. A. en Portugal; (iv) ANGLO IRISH BANK CORPORATION en Irlanda; (v) KOMMUNALKREDIT AG y HYPO GROUP ALPE ADRIA en Austria; y (vi) JSC PAREX BANKA en Letonia. En Estados Unidos, también fue muy destacada, entre otras, la nacionalización de AMERICAN INTERNATIONAL GROUP (AIG).

⁶⁴⁹ Ha de observarse que las nacionalizaciones deben diferenciarse de las inyecciones de capital realizadas por el Estado en beneficio de una institución financiera. En estos últimos supuestos, no hay un cambio de control en el sentido del reglamento de concentraciones. Por ello, desde el punto de vista de la competencia, las primeras entran en el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas al control de concentraciones, mientras que las segundas se examinan a la luz del régimen de ayudas de Estado.

afrontar la crisis⁶⁵⁰. Ello es debido a que se considera que serán más fáciles de revertir una vez que los mercados vuelvan a recuperar la estabilidad perdida. Al mismo tiempo, se estima que permiten controlar de un modo más transparente la ejecución de los compromisos convenidos con la Comisión durante el procedimiento de autorización de la operación desde el punto de vista de la competencia⁶⁵¹. Especialmente sensible en la práctica es el supuesto en el que un Estado miembro adquiere el control de dos o más bancos competidores en un mismo mercado⁶⁵².

La Comisión se ha referido a las nacionalizaciones fundamentalmente en el marco del tratamiento de activos deteriorados que fueron analizados en el capítulo anterior. En particular, ha invitado a los Estados miembros a que establezcan instituciones autónomas o estructuras de agregación, denominados « aggregator banks », para adquirir los activos depreciados de los bancos, de modo que éstos se encuentren liberados del riesgo de amortización de los activos fallidos y puedan reanudar cuanto antes sus prácticas normales de préstamo. Ello se ha concebido dentro de una operación previa de nacionalización por medio de la cual el Estado asumiría el control de algunos bancos antes de proceder a segregar sus activos sanos y

⁶⁵⁰ Cfr. respecto a la privatización como condición previa para la aprobación de un plan de recate mediante ayudas públicas, DEVROE, W., *Privatizations and Community Law: neutrality versus policy*, *Common Market Law Review*, n° 34, 1997, p. 267-306.

⁶⁵¹ BAUDENBACHER, C. y BREMEN, F., *precitado*, p. 283.

⁶⁵² LOWE, P., “Competition policy and the global economic crisis”, *Competition Policy International*, vol. 5, n° 2, 2009.

defectuosos⁶⁵³. Este mecanismo ha sido implementado, cuanto menos a título provisional, por varios Estados miembros⁶⁵⁴.

Por otro lado, las nacionalizaciones, en la medida en que suponen un cambio duradero de control en el sentido del artículo 3, apartado 1, del reglamento de concentraciones, han sido también examinadas por parte de las autoridades de la competencia⁶⁵⁵. En el caso de la Unión Europea, ello es así por disposición del artículo 345 TFUE (antiguo artículo 295 TFUE) que recoge el denominado principio de igualdad de trato entre el sector público y el sector privado⁶⁵⁶. De conformidad con este principio, las operaciones de nacionalización han de ser tratadas de manera similar a cualquier otra adquisición por partes privadas y han de respetar las

⁶⁵³ Comunicación de 25 de febrero de 2009 sobre el tratamiento de los activos cuyo valor ha sufrido un deterioro en el sector bancario de la Unión (DO C 72, p. 1), aparts. 23 y 38 y anexo 2, § 1.

⁶⁵⁴ V., a título de ilustración, el artículo 6, apartado 2, de la Act on the Rescue of Enterprises to Stabilise the Financial Market (« Rescue Takeover Act –RettungsG») de 7 de abril de 2009, disponible en http://www.bundesfinanzministerium.de/nm_102/DE/BMF_Startseite/Aktuelles/Aktuelle_Gesetze/Gesetze_Verordnungen/Rettungsuebernahmegesetz_engl_anl.templateId=raw.property=publicationFile.pdf.

⁶⁵⁵ Cfr. GRAVE, C., « Merger control in the banking sector during the financial crisis », Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht (« ZEW »), University of Bonn, n° 178, 2010, p. 13, quien considera que el Estado, a la hora de nacionalizar los activos tóxicos, actúa en tanto que una « empresa » en el sentido del reglamento de concentraciones. Se trataría, por el contrario, del ejercicio de funciones soberanas de autoridad soberana.

⁶⁵⁶ Esta disposición establece que « [l]os Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros ».

obligaciones que derivan del reglamento de concentraciones, tanto las relativas al procedimiento como las relativas al fondo.

Ahora bien, uno de los problemas señalados por la Comisión para los supuestos de nacionalización ha sido precisamente el de determinar si la adquisición por parte del Estado daba lugar a una concentración de dimensión comunitaria o no. El vigésimo segundo considerando del reglamento de concentraciones dispone, a este respecto, lo siguiente:

« en el sector público hay que tomar en consideración, a la hora de calcular el volumen de negocios de una empresa que participe en una concentración, a las empresas que constituyan una unidad económica dotada de un poder de decisión autónomo, independientemente de cómo esté configurada la propiedad de su capital o de las normas de tutela administrativa que les sean aplicables ».

Sin embargo, en el marco de una operación de nacionalización es difícil determinar con precisión cuál es el verdadero centro de toma de decisiones o la unidad estatal realmente adquirente⁶⁵⁷. Es evidente que cuanto más alto en la escala orgánica del

⁶⁵⁷ Decisión de la Comisión de 14 de mayo de 2009, precitada, § 8.

Estado se considere que se encuentra dicho centro de toma de decisiones, más posibilidades habrá de que la operación en particular presente dimensión comunitaria⁶⁵⁸.

A nivel europeo, el asunto más destacado ha sido el relativo a la adquisición de Hypo Real Estate por parte del fondo de estabilización financiera (« *Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung* ») creado por el gobierno alemán en octubre de 2008⁶⁵⁹. La Comisión expresa, en la propia decisión de autorización de esta operación, sus dudas respecto de si había de considerarse que el centro de toma de decisiones era el ministerio de finanzas alemán (BMF) o el Gobierno federal. Cabe señalar que, dado que en cualquiera de los dos casos los umbrales relativos al volumen de negocios dispuestos en el reglamento de concentraciones eran satisfechos, la Comisión optó por dejar abierta la cuestión en este caso particular.

⁶⁵⁸ BAUDENBACHER, C. y BREMEN, F., precitado, p. 283. Ello es debido a que resulta más probable que el Estado tenga control sobre otras empresas que habrían de tenerse en cuenta, por tanto, en el cálculo del volumen de negocios final.

⁶⁵⁹ Decisión de la Comisión de 14 de mayo de 2009, precitada.

2. LA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA DURANTE EL PERIODO DE CRISIS Y LOS INSTRUMENTOS DE FLEXIBILIDAD EN EL ÁMBITO DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES

A. Flexibilidad ordinaria c. flexibilidad extraordinaria

Desde que comenzó la crisis, la atención en la Unión Europea y en los Estados miembros se ha centrado en saber qué papel le corresponde al derecho de la competencia en el contexto actual y en qué medida podría convertirse en un obstáculo para la autorización de aquellas medidas u operaciones consideradas como necesarias para recuperar la estabilidad en el sector financiero. Este debate concierne tanto al ámbito de las ayudas públicas como al del control de concentraciones.

En particular, por lo que se refiere a este último, la cuestión más destacada ha sido la de dilucidar si el estándar que se emplea cotidianamente para autorizar las operaciones de concentración entre empresas ha de ser flexibilizado a fin de amparar todas las fusiones y adquisiciones que se están llevando a cabo en la actualidad entre instituciones financieras de relevancia sistémica. En este sentido, especial énfasis se ha pretendido dar a los altos costes que irían asociados a una eventual caída en dominó de las principales entidades del sector financiero. Por otro lado, toda discusión parte de un planteamiento que asume que, a la hora de evaluar una operación de concentración, puede llegarse a un punto sin solución de encuentro (« trade-off ») entre consideraciones de defensa de la competencia y consideraciones

promotoras de la estabilidad financiera. Esta cuestión no se ha planteado exclusivamente en la Unión Europea. También ha estado presente en otras jurisdicciones como es el caso de Estados Unidos⁶⁶⁰.

Tanto la Comisión como las autoridades nacionales de la competencia se han mostrado firmes, desde un principio, en su posición de que no puede prescindirse de las normas del régimen de competencia, en particular de las relativas al control de concentraciones. A su juicio, el derecho de la competencia no hace parte del problema, sino que contribuye a su solución, puesto que, no solamente evita, como hemos tenido ocasión de examinar en el capítulo anterior, que los Estados miembros entren en una espiral de subsidios que ponga en evidencia aún más su capacidad presupuestaria. Además, impide la creación de altos niveles de concentración en el

⁶⁶⁰ VARNEY, C. A. (*Assistant Attorney General Antitrust Division U.S. Department of Justice*), « Vigorous antitrust enforcement in this challenging era », Discurso de 12 de mayo de 2009 ante la U. S. Chamber of Commerce. En el caso de Estados Unidos, cabe señalar que esta cuestión ya fue muy debatida en el contexto de la crisis económica de 1929, durante la cual se adoptó la National Industrial Recovery Act (NIRA) de 1933 que permitía, en esencia, la adopción de códigos cuya finalidad era excluir de la aplicación de la Sherman Act ciertos acuerdos restrictivos para la competencia pero considerados necesarios para la recuperación económica. La NIRA fue declarada inconstitucional por parte de la Corte Suprema norteamericana en el asunto *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935). V. TAYLOR, J., « The output effects of government sponsored cartels Turing the New Deal », *Journal of Industrial Economics* 50, marzo de 2002, p. 1-10 y COLE, H. L. y OHANIANM, J. L., « New Deal policies and the persistence of the Great Depression: A general equilibrium analysis », 112 *J. Pol. Econ.* 4, 2004, p. 779-1016.

sector bancario que pudieran dar lugar a situaciones de abuso en el futuro⁶⁶¹. Por otro lado, la Comisión ha querido resaltar en todo momento la importancia del derecho de la competencia en combatir eficazmente el riesgo moral (« moral hazard ») de la crisis⁶⁶².

Respecto de las fusiones y adquisiciones que se están promoviendo en el sector bancario, la Comisión ha reiterado en numerosas ocasiones que la aplicación del control de concentraciones ha de responder a una política de « business as usual », regida, en todo caso, por el estándar ordinario de autorización⁶⁶³. De conformidad con el artículo 2, apartado 3, del reglamento de concentraciones, ello significa que una adquisición o fusión entre bancos no será autorizada si, como resultado de la misma, se produjera una « obstaculización significativa de la competencia efectiva » en el mercado relevante. En sustancia, la Comisión trata de actuar de conformidad con la política de competencia que ha aplicado al sector bancario desde que se

⁶⁶¹ KROES, N., « Dealing with the current financial crisis », Discurso 08/498 de 6 de octubre de 2008 ante el Comité de Asuntos Económicos y Monetarios del Parlamento Europeo, disponible en <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/08/498>.

⁶⁶² ALMUNIA, J., « State aid rules can help Europe exit crisis », Discurso 10/301 de 10 de junio de 2010 ante el European State Aid Law Institute, disponible en <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/10/301&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

⁶⁶³ KROES, N., « Competition, the crisis and the road to recovery », Discurso 09/152 de 30 de marzo de 2009, Toronto; y KROES, N., « Many achievements, more to do », Discurso 09/106 de 12 de marzo de 2009, Bruselas.

produjeron los primeros procesos de liberalización y desregulación en la década de los 80, y que consiste en equiparlo a cualquier otro sector económico⁶⁶⁴.

Ahora bien, en el discurso de la Comisión, también viene implícita la intención de apurar aquellos instrumentos recogidos en las disposiciones relativas al control de concentraciones susceptibles de procurar una mayor flexibilización al régimen ordinario aplicable a este tipo de operaciones. Así se pretende que el derecho de la competencia se erija efectivamente en una fuerza estabilizadora en el contexto de la crisis, más que en un impedimento para la recuperación de la economía⁶⁶⁵.

Conviene señalar que, en efecto, los regímenes de defensa de la competencia prevén ya de por sí una serie de instrumentos que tienen por objeto reservar un margen de flexibilidad a las autoridades de la competencia para supuestos de empresas en dificultades⁶⁶⁶. Por lo que se refiere a la Unión Europea, los instrumentos relativos

⁶⁶⁴ TOFT, T. « Latest developments in EC competition law », EU-China workshop on the abuse of dominant market position in China, Enero 2009, p. 3, disponible en http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2009_01_en.pdf. V. también CASU B. y GIRARDONE C., « Competition issues in European banking », Journal of Financial Regulation and Compliance, vol. 17, nº 2, mayo 2009, p. 125.

⁶⁶⁵ KROES, N., « In defense of competition policy », Discurso 08/521 de 13 de octubre de 2008 en la conferencia Competition policy, growth and consumer purchasing power, disponible en <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/08/521&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>, y LOWE, P., precitado.

⁶⁶⁶ Dejamos de lado las propuestas actuales de flexibilizar igualmente la aplicación de las disposiciones en materia de cárteles. A este respecto, solamente cabe señalar el 10th Global

al control de concentraciones se encuentran recogidos en determinadas disposiciones del reglamento de concentraciones, así como en las directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales⁶⁶⁷ y en la comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles⁶⁶⁸. Los ordenamientos nacionales cuentan por su parte con disposiciones equivalentes.

Con todo, forzoso es constatar que esta flexibilidad, que pudiéramos calificar como ordinaria, no siempre se refiere al fondo del asunto. De hecho, en una primera aproximación, suele reducirse a una atenuación de las obligaciones que conciernen el procedimiento administrativo de evaluación ante la autoridad de la competencia. Así, puede equivaler, por ejemplo, a la exención de la obligación de suspensión (véase *infra*) que se impone en la mayor parte de los ordenamientos tras la notificación de una operación de concentración.

Por el contrario, cuando se refiere a cuestiones sustantivas y, en particular, al estándar de autorización de las operaciones de concentración, esta flexibilidad se

Forum on Competition « Crisis cartels: can they be justified? » que tendrá lugar en el marco de la OCDE en Febrero 2011.

⁶⁶⁷ Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO C 31, p. 5).

⁶⁶⁸ Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) n° 802/2004 de la Comisión (DO C 267, p. 1)

encuentra muy limitada. Ello es fácilmente explicable si atendemos a que una mayor permisividad en este sentido equivale sustancialmente al indulto de la empresa en dificultades frente a las fuerzas del mercado. Dado que este planteamiento conculca abiertamente los más elementales principios del derecho de la competencia, según los cuales la empresa en dificultades tendría a priori que salir del mercado donde concurre, se suele recurrir a la justificación de que dicha empresa cumple con objetivos económicos y sociales considerados como necesarios o que su desaparición podría acarrear el deterioro de la estructura competitiva en la que participa y una pérdida de eficiencia⁶⁶⁹. Asimismo, la aplicación flexible de las normas de competencia desde un punto sustantivo exige, como en el caso de la denominada excepción de empresa en crisis (véase *infra*), la satisfacción de una serie de requisitos ciertamente rigurosos, que van acompañados a su vez de la adopción de compromisos o condiciones cuya finalidad es aliviar los efectos negativos que la operación de concentración pudieran generar en los competidores. He aquí la verdadera contrapartida de la flexibilidad sustantiva, que supone que no siempre pueda autorizarse una operación de concentración en la que se encuentra implicada una empresa en dificultades.

A la vista de lo anterior, el debate actual se articula, por lo tanto, en torno a la cuestión de saber si los instrumentos ordinarios de flexibilidad, previstos en las normas de competencia antes del desencadenamiento de esta crisis, permitirían

⁶⁶⁹ KOKKORIS, I., « Failing firm defence in the European Union: A panacea for mergers? », *European Competition Law Review*, vol. 27, n° 9, 2006, p. 496.

abordar por sí solos la crisis del sector financiero o si, por el contrario, habría de convenirse, a título extraordinario, fórmulas aún más livianas.

Cabe recordar que, en materia de ayudas de Estado, la Comisión se ha visto obligada a adoptar un marco normativo especial⁶⁷⁰ que prevé una serie de criterios mucho menos severos que los dispuestos en las Directrices de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis⁶⁷¹, tanto por lo que se refiere al procedimiento de evaluación como al plano sustantivo⁶⁷². Estas directrices recogen los instrumentos de flexibilidad ordinaria en el ámbito de las ayudas de Estado. Sobre la base del nuevo marco normativo, se ha podido declarar la compatibilidad con el mercado común de toda la batería de medidas que los Estados miembros han ido

⁶⁷⁰ Este marco está compuesto de la comunicación de 13 de octubre de 2008 sobre la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas adoptadas en relación con las instituciones financieras en el contexto de la actual crisis financiera mundial (DO C 270, p. 8); la comunicación de 5 de diciembre de 2008 sobre la recapitalización de las instituciones financieras en la crisis actual: limitación de las ayudas al mínimo necesario y salvaguardias contra los falseamientos indebidos de la competencia (DO C 10, p. 2); la comunicación de 25 de febrero de 2009 sobre el tratamiento de los activos cuyo valor ha sufrido un deterioro en el sector bancario de la Unión (DO C 72, p. 1); y la comunicación de 23 de julio de 2009 sobre la recuperación de la viabilidad y la evaluación de las medidas de reestructuración en el sector financiero en la crisis actual con arreglo a las normas sobre ayudas estatales (DO C 195, p. 9).

⁶⁷¹ Comunicación de la Comisión – Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis (DO C 244, p. 2). Estas directrices son las que contienen los instrumentos de flexibilidad « ordinaria » para el ámbito de las ayudas de Estado.

⁶⁷² D'SA, R. M., "Instant State Aid Law in a Financial Crisis – A U-turn?", *European State Aid Law Quarterly*, vol. 8, nº 2, p. 144

adoptando en beneficio de las instituciones financieras fundamentalmente en 2009⁶⁷³. La Comisión ha fundado esta modulación del régimen de ayudas públicas en el artículo 107, apartado 3, letra c), del TFUE, que establece, en esencia, que podrán considerarse compatibles con el mercado interior las ayudas « destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro ». Según la Comisión, esta disposición da muestra de que el régimen previsto en los Tratados dispone de instrumentos propios que le permiten acometer una crisis como la actual apoyándose solidamente en sus principios, aunque siendo flexible en los medios⁶⁷⁴. Frente a esta tesis, se ha sostenido que el fundamento del TFUE escogido por la Comisión resulta ser, en realidad, un cheque en blanco para la institución europea, en la medida en que, prácticamente, dicho fundamento no había sido aplicado en el pasado y en que, por lo tanto, ningún precedente podía limitar el contenido con que se le decidiera dotar. Más aún, se ha considerado que el nuevo

⁶⁷³ Destáquese, a este respecto, que, por el momento, se han aprobado 15 esquemas de recapitalización, 8 de los cuales se encuentran todavía en vigor, 2 esquemas sobre tratamiento de activos tóxicos en Alemania e Irlanda y 21 esquemas de garantía, 12 de los cuales han sido renovados hasta el mes de diciembre de 2010. V. ALMUNIA, J., Discurso 10/618 de 4 de noviembre de 2010 ante la European Banking Federation, « Financial stability, a level playing field in Europe and a healthier financial sector: the role of competition policy », disponible en <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/10/618&type=HTML>

⁶⁷⁴ La formulación de este enfoque, si bien adoptado formalmente por la Comisión en diversas comunicaciones, corresponde originariamente a GERARD, D., « EC competition law enforcement at grips with the financial crisis: Flexibility on the means, consistency in the principles », *Concurrences*, nº 1, 2009, p. 55.

marco trata solamente de maquillar, a título formal, la vulneración sistemática de los principios del régimen europeo de ayudas públicas que se ha cometido en todo caso por parte de los Estados a la hora de ejecutar el denominado « bail out » europeo⁶⁷⁵.

Independientemente del enfoque que quiera convenirse para describir el modo en que la Comisión está aplicando el régimen de ayudas de Estado en la presente crisis, lo cierto es que, en el caso de las concentraciones, la Comisión no ha considerado necesario la adopción de un marco de carácter especial. En efecto, hasta el momento, solamente ha hecho uso de instrumentos de flexibilidad relativos al procedimiento administrativo. Respecto al fondo de las evaluaciones, solamente ha admitido la posibilidad de aplicar la excepción de la empresa en crisis, aunque sin librarla de su exigente test de aplicación. Por el contrario, a nivel nacional, se observa un menor reparo a la hora de recurrir abiertamente a medios de flexibilidad extraordinaria que han conducido a autorizar concentraciones sobre la base exclusiva del motivo de la estabilidad financiera incluso cuando tal elección se mostraba en absoluta oposición al interés de mantener una estructura competitiva y equilibrada en el mercado.

A los instrumentos de flexibilidad que han utilizado tanto la Comisión como las autoridades nacionales de la competencia nos referimos a continuación,

⁶⁷⁵ V., en este sentido, D'SA, R. M., precitado, p. 144, y el Informe UNCTAD, precitado, p. 3.

distinguiendo, por un lado, aquéllos relativos al procedimiento, y, por otro, los relativos al plano sustantivo. Si bien el análisis se centra con especialidad en las disposiciones europeas, cabe señalar que el mismo es válido para el ámbito nacional, puesto que los regímenes de competencia de los Estados miembros disponen, por lo general, de reglas equivalentes.

B. Instrumentos de flexibilidad en cuanto al procedimiento

Como hemos indicado anteriormente, los instrumentos de flexibilidad empleados por la Comisión y por las autoridades nacionales de la competencia están dirigidos, en una primera aproximación, a aligerar los procedimientos de evaluación de las concentraciones que afectan al sector financiero y a permitir que éstas se ejecuten lo antes posible. Así se intenta corresponder con la trascendencia económica y política que revisten estas operaciones.

En particular, la Comisión ha recurrido a la derogación de la obligación de suspensión que impera tras la notificación de una operación de concentración, así como a un tratamiento urgente de evaluación de los efectos en la competencia de las operaciones concernientes al sector bancario. En otro orden, se ha procurado conceder una mayor prolongación de los plazos para implementar los compromisos asumidos por las instituciones financieras durante el procedimiento de autorización.

a) La obligación de suspensión

El artículo 7, apartado 1, del reglamento de concentraciones establece, en esencia, que no se podrá ejecutar una concentración notificada hasta que la Comisión se haya pronunciado sobre su compatibilidad con el mercado común de manera tácita o mediante decisión. Ésta es la que se conoce habitualmente como obligación de suspensión de la concentración (« standstill obligation »). Lo cierto es que la mayor parte de los regímenes nacionales prevén una disposición similar a la anterior⁶⁷⁶ y resulta también de gran relevancia en otras parcelas del derecho de la competencia como la de las ayudas de Estado. Según el artículo 14, apartado 2, del reglamento de concentraciones, la Comisión puede imponer multas de hasta un 10 % del volumen de negocios total de la empresa afectada cuando, de forma deliberada o por negligencia, las empresas implicadas en la concentración no respeten la obligación de suspensión. Esta disposición ha sido aplicada en muy pocas ocasiones en el pasado y, en aquellas en las que la Comisión impuso finalmente una sanción, el montante era poco significativo⁶⁷⁷. Sin embargo, la política actual de la Comisión ha vivido un cambio sensible alcanzando multas mucho más elevadas⁶⁷⁸.

⁶⁷⁶ V. el artículo 41, apartado 2, de Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (en adelante, « Ley alemana de defensa de la competencia »). Como es lógico, esta obligación solamente existe en los regímenes de control de concentraciones basados en un sistema de notificación previa. Esta obligación no se encuentra, en cambio, en aquellos sistemas de notificación voluntaria o post-concentración, como es el caso del Reino Unido.

Ahora bien, según el artículo 7, apartado 3, del reglamento de concentraciones, la Comisión, previa solicitud motivada, puede conceder una dispensa de la obligación anterior⁶⁷⁹. Al pronunciarse al respecto, la Comisión ha de tener en cuenta, entre otros factores, los efectos de la suspensión para las empresas afectadas por la concentración o para un tercero, así como la amenaza de la concentración para la competencia. Tal dispensa puede ir acompañada de condiciones y obligaciones destinadas a garantizar el mantenimiento de una competencia efectiva. Podrá ser solicitada y concedida en cualquier momento, tanto antes de la notificación como después de la operación.

⁶⁷⁷ A título de ilustración, pueden destacarse las decisiones de la Comisión de 18 de febrero de 1998 en el asunto IV/M.920 Samsung — AST (DO L 225, p. 12) y de 10 de febrero de 1999 en el asunto IV/M.969 — A. P. Møller (DO L 183, p. 29)

⁶⁷⁸ V., a título de ilustración, la decisión de 10 de junio de 2009, asunto COMP/M.4994 — Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône, mediante la cual la Comisión ha impuesto una multa de 20 millones de euros a ELECTRABEL por no notificar y ejecutar directamente la adquisición sobre COMPAGNIE NATIONALE DU RHÔNE. Frente a esta decisión, se ha interpuesto un recurso de anulación ante el Tribunal General, que ha dado lugar al asunto T-332/09, Electrabel c. Comisión. Por medio de este recurso, la demandante hace valer, entre otros motivos, la vulneración del principio de proporcionalidad al imponer una multa tan elevada por una infracción que no habría tenido ningún impacto en la economía (DO C 267, p. 71).

⁶⁷⁹ En virtud del artículo 7, apartado 2, del reglamento de concentraciones, la obligación de suspensión tampoco se aplica a las ofertas públicas de adquisición siempre y cuando la concentración sea notificada sin demora a la Comisión y el comprador no ejerza los derechos de voto inherentes a los títulos en cuestión.

El interés por aplicar la dispensa descrita es remarcable en un periodo en el que el tiempo es un factor de extraordinaria relevancia. Así ocurre, por ejemplo, en el marco de una reestructuración urgente. En efecto, mediando esta dispensa, los nuevos adquirentes no han de esperar a la autorización de la Comisión para empezar a gestionar los activos de la sociedad que se pretende adquirir, de modo que pueden proceder a realizar las inyecciones de capital que consideren oportunas para mantener a flote la empresa y proteger así su valor.

En el contexto de la crisis, la Comisión se ha mostrado verdaderamente dispuesta a hacer uso de esta dispensa, incluso en asuntos en los que había dudas iniciales sobre los efectos negativos en la competencia. A título de ilustración, la Comisión permitió que BNP PARIBAS controlara ciertas actividades comerciales de FORTIS antes de la aprobación de la adquisición de las participaciones del Estado belga y luxemburgués por parte de la primera empresa. Por otro lado, tampoco impidió que procediera a aportar capital para evitar su colapso⁶⁸⁰. Ha de destacarse que esta decisión concluyó con la imposición de una serie de compromisos de desinversión, lo que da cuenta de que efectivamente había una cierta amenaza para la competencia y de que quizá, en otras condiciones, no se habría concedido la dispensa señalada⁶⁸¹.

⁶⁸⁰ Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 2008, precitada. Esta operación fue aprobada bajo la condición de llevar a cabo una serie de desinversiones en el mercado de las tarjetas de crédito en Bélgica.

⁶⁸¹ Este instrumento también ha estado muy presente en el plano nacional. Por ejemplo, la autoridad belga de defensa de la competencia concedió, por primera vez en su historia, una dispensa de la obligación de suspensión durante la adquisición de la participación en FORTIS del

Por otro lado, conviene señalar que el reglamento europeo de concentraciones recoge una disposición, conocida comúnmente como la « Banking Clause », en virtud de la cual, las entidades de crédito no están obligadas ni a notificar la intención de adquirir una empresa ni a suspender su ejecución cuando concurren una serie de circunstancias descritas en la propia norma. En realidad, se entiende que, en este supuesto, no se produce una operación de concentración en el sentido del reglamento europeo. Esta disposición, que ha creado no pocas confusiones en la práctica reciente, no ha resultado de aplicación, sin embargo, en el contexto de la crisis.

En efecto, el reglamento de concentraciones prevé en su artículo 3, apartado 5, lo siguiente⁶⁸²:

« Se entenderá que no se produce una concentración: »

Estado belga por parte del BELGIAN FEDERAL PARTICPATION AND INVESTMENT COMPANY. V. Informe UNCTAD, precitado, p. 11.

⁶⁸² V., también, el artículo 37, apartado 3, de la Ley alemana de defensa de la competencia que también exime ciertas concentraciones del requisito de la notificación y de suspensión de la ejecución de la concentración.

a) cuando una entidad de crédito u otra entidad financiera o compañía de seguros cuya actividad normal incluya la transacción y negociación de títulos por cuenta propia o por cuenta de terceros posea con carácter temporal participaciones que haya adquirido en una empresa con vistas a revenderlas, siempre y cuando los derechos de voto inherentes a esas participaciones no se ejerzan con objeto de determinar el comportamiento competitivo de dicha empresa o sólo se ejerzan con el fin de preparar la realización de la totalidad o de parte de la empresa o de sus activos o la realización de las participaciones, y siempre que dicha realización se produzca en el plazo de un año desde la fecha de la adquisición; la Comisión podrá prorrogar este plazo previa solicitud cuando dichas entidades o sociedades justifiquen que no ha sido razonablemente posible proceder a la realización en el plazo establecido ; [...] ».

Tal y como resulta del enunciado anterior, el propósito de esta disposición no es el de eximir de las obligaciones de notificación y de suspensión a las concentraciones de rescate de instituciones financieras que se están llevando a cabo en el contexto actual. Más bien, dispone que no existirá una operación de concentración cuando una entidad financiera adquiera otra empresa con carácter temporal y sin tener intención de ejercer los derechos de voto en ella. Por lo general, se entiende que se

trata de una operación ligada a las actividades cotidianas de la empresa adquirente y que no está destinada a afectar la estructura del mercado⁶⁸³.

En el momento actual, aunque la principal intención de las entidades financieras sólidas que adquieren otras de menor solvencia sea el saneamiento financiero de estas últimas con vistas a revenderla posteriormente, la excepción prevista en el artículo 3, apartado 5, letra a), no es aplicable. Generalmente, una operación como ésta implica cuanto menos la conversión de las deudas en acciones de una nueva empresa⁶⁸⁴, lo cual conlleva, a su vez, el ejercicio de sus derechos de voto. Además, se suele actuar de manera determinante en la estrategia competitiva de la entidad objeto del rescate. Por último, tampoco suele ser posible transformar una empresa en crisis en una entidad comercialmente rentable y revenderla en el plazo de un año al que se encuentra subordinada la aplicación de esta cláusula. Más aún, el plazo

⁶⁸³ Según una opinión mayoritaria, un adquirente puede inicialmente hacerse con las acciones de una sociedad sin necesidad de notificar la operación de concentración, de conformidad con la *Banking Clause*, si no tiene intención de ejercitar los derechos de voto en el momento de la adquisición. Por el contrario, sí tiene la obligación de notificar la operación a la Comisión si la opción de ejercitar los derechos de voto se prevé desde un momento anterior. En este supuesto, la propia adquisición de acciones queda en suspenso. Por último, adquiere las acciones sin intención de ejercitarlos, y posteriormente cambia de parecer, entonces tendrá que notificar la operación y esperar hasta que la operación haya sido autorizada por la Comisión. Solamente el ejercicio de los derechos queda en suspenso en este supuesto. V., en este sentido, MESTMÄCKER y VEELEKN, « Section 37, paragraph 8 », en IMMEGA y MESTMÄCKER (eds.), *Wettbewerbsrecht*, vol. 2 (« EG »), 2007, citados en GRAVE, C. precitado.

⁶⁸⁴ V., a este respecto, el asunto IV/M.116 Kelt/American Express, de 28 de agosto de 1991.

necesario para conseguir este objetivo puede ser tan incierto que resultaría difícil prorrogar el plazo de enajenación⁶⁸⁵.

b) Disminución de los plazos de evaluación

A fin de que las concentraciones en el sector bancario se puedan ejecutar lo antes posible, a la dispensa de la obligación de suspensión descrita en el apartado anterior se ha sumado la extraordinaria rapidez con que la Comisión ha procedido a la evaluación de las concentraciones que le han sido notificadas. Los tiempos de análisis de estas operaciones, e incluso los días en que algunas de ellas se están autorizando, incluyendo aquí fines de semana, dan muestra de la implicación de la Comisión a la hora de concluir el procedimiento administrativo que le concierne.

Por lo general, el procedimiento inicial de evaluación de los efectos en la competencia de las concentraciones cuenta con un plazo de 35 días laborables para su terminación⁶⁸⁶. En los últimos dos años, la evaluación se ha llegado a dar por terminada en 25 días. Esto ha sido así incluso en asuntos en los que se ha acordado obligar a las partes a adoptar una serie de compromisos o condiciones para atenuar los efectos negativos en la competencia⁶⁸⁷ y en asuntos en los que se podía prever a

⁶⁸⁵ Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO C 95, p. 1), § 116.

⁶⁸⁶ V. el artículo 10, apartado 1, del reglamento de concentraciones.

⁶⁸⁷ Decisión de la Comisión de 3 de diciembre de 2008, precitada.

priori la incoación de la segunda fase de investigación prevista en el artículo 6, apartado 1, letra c), del reglamento de concentraciones.

Ahora bien, lo anterior no significa que la Comisión haya empleado por ello un enfoque sustantivo más liviano. Simplemente se ha esforzado en dar prioridad a los asuntos relativos al sector bancario, al tiempo que ha invitado a las entidades implicadas en las concentraciones a aportar la información necesaria con la máxima urgencia y diligencia. Por otro lado, ha resultado muy eficaz la iniciativa de la Comisión de ofrecer, a título provisional, opiniones informales y no vinculantes sobre la compatibilidad de las operaciones que, con cierta antelación, le iban proponiendo. Si bien esta práctica es habitual a nivel nacional, sobre todo en Estados miembros cuyo control de concentraciones está fundado en un sistema de notificación voluntaria –véase el Reino Unido–, ésta no ha sido nunca común en la Comisión⁶⁸⁸.

La rapidez con que las autoridades de la competencia están actuando en los momentos presentes se observa igualmente en otras jurisdicciones. En Estados Unidos, se han autorizado operaciones en un tiempo sorprendentemente reducido⁶⁸⁹. A modo de ilustración, cabe destacar que la adquisición de Waschovia

⁶⁸⁸ Esta práctica es habitual. La Comisión no tiene por práctica habitual hacer dictámenes a título informal. V. HALL, M., “Competition law and the credit crunch – Do the usual merger control rules still apply?”, PLC Magazine, p. 4.

⁶⁸⁹ Informe UNCTAD, precitado, p. 12

Corporation por Wells Fargo & Company fue aprobada un día después de su notificación, y la inversión de Mitsubishi UFJ Financial Group en Morgan Stanley a cambio de un 21% en la compañía fue aprobada cuatro días después de su anuncio. Por su parte, en la Unión Europea, la oferta de compra del Banco Santander sobre Bradford&Bringley fue recibida por el gobierno británico el día 28 de septiembre de 2008⁶⁹⁰. La operación se ejecutó al día siguiente. Ha de presumirse que la Comisión concedió una dispensa a la obligación de notificación en menos de 24 horas. Posteriormente, la operación fue evaluada y autorizada en menos de tres semanas.

c) Ampliación de los plazos para la implementación de las condiciones
convenidas

Obviamente, el mejor escenario cuando dos empresas notifican una operación de concentración es aquél en el que la Comisión no presenta ninguna objeción y da su visto bueno sin mayores condiciones. Sin embargo, la autorización por parte de la Comisión viene acompañada en numerosas ocasiones de una serie de compromisos o remedios planteados por las partes para reducir las posibilidades de que la operación sea declarada incompatible con el mercado común. Estos compromisos pueden obligar a las partes a vender ciertos activos viables que puedan explotarse

⁶⁹⁰ Decisión de la Comisión de 3 de diciembre de 2008, precitada.

por sí mismos (compromisos estructurales) o a restringir algunas de sus actividades empresariales (compromisos de comportamiento)⁶⁹¹.

La mera ampliación de los plazos para la transposición de los compromisos convenidos puede resultar muy favorable para las entidades financieras puesto que las posibilidades de llevar a cabo desinversiones en el momento actual son más reducidas que habitualmente. Ello es debido al menor número de adquirentes capacitados para concurrir en ellas⁶⁹². Esta posibilidad está prevista en la denominada Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles⁶⁹³. Por esta misma razón, puede resultar conveniente igualmente que, en el periodo de crisis, la Comisión se decante por condiciones de comportamiento, en lugar de condiciones de carácter estructural. La posibilidad de adoptar unos u otros se ha de

⁶⁹¹ V. la comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) nº 802/2004 de la Comisión (DO C 267, p. 1). Nótese que la Comisión Europea ha revisado sus directrices sobre las soluciones aceptables en el control de las operaciones de concentración para velar por que los problemas de competencia se resuelvan con mayor eficacia y aclarar a las empresas participantes en las concentraciones cómo solucionar mejor dichos problemas. Las soluciones son las modificaciones que las partes implicadas sugieren introducir en una propuesta de transacción con objeto de eliminar los posibles problemas de competencia señalados por la Comisión. Además, la Comisión ha modificado el Reglamento de aplicación del control de concentraciones (Reglamento de la Comisión (CE) nº 802/2004) en línea con las modificaciones introducidas en la Comunicación sobre las soluciones aceptables.

⁶⁹² Cfr. GRAVE, C., precitado, p. 11, quien sugiere que, en este periodo de crisis, la implementación de las condiciones habría de ser aplicada con mayor rigor si cabe.

⁶⁹³ Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) nº 802/2004 de la Comisión (DO C 267, p. 1).

decidir, en cualquier caso, con arreglo a las circunstancias de cada concentración particular.

A modo de ilustración, podemos destacar que, a petición del Gobierno holandés, como propietario de los activos holandeses de Abn Amro y Fortis Holanda, que adquirió mediante un proceso de nacionalización de este último banco⁶⁹⁴, la Comisión decidió conceder una prórroga del plazo para la desinversión del negocio de banca corporativa de Fortis Holanda, que consistía, entre otros, en Hollandsche Banco Unie NV (HBU) y las actividades holandesas de Abn Amro. Cabe recordar que, en 2007, en el marco de la adquisición de Abn Amro por parte del consorcio formado por Banco Santander, RBS y Fortis, este último se comprometió con la Comisión a no fusionar las actividades holandesas de Abn Amro y Fortis sin antes proceder a realizar una serie de desinversiones⁶⁹⁵. Este compromiso, que no ha perdido su importancia o validez legal con la llegada de la crisis, fue asumida por el Estado holandés cuando se hizo cargo de la posición de Fortis en el acuerdo de consorcio señalado.

⁶⁹⁴ El pasado mes de septiembre, Holanda, junto a las autoridades de Bélgica y Luxemburgo, acordó tomar el control del banco belga-holandés Fortis mediante una inyección en la entidad de un total de 11.200 millones de euros a cambio del 49% del capital de las divisiones de banca en cada uno de los tres países.

⁶⁹⁵ Decisión de la Comisión de 3 de septiembre de 2007, asunto COMP/M.4844, Fortis –ABN Amro assets (DO C 265, p. 2).

C. Instrumentos de flexibilidad en cuanto al fondo

Por lo general, la Comisión ha querido desmarcarse de la posibilidad de aplicar un estándar más liviano de autorización de concentraciones y limitarse a los instrumentos relativos al procedimiento enunciados en el apartado anterior. Solamente se ha pronunciado sobre la posibilidad de aplicar la denominada « excepción de empresas en crisis », la cual aparece recogida en la mayor parte de los regímenes de la competencia de los países de la OCDE⁶⁹⁶. A nivel nacional, en cambio, y en particular el gobierno británico, han ido más lejos en este empeño, autorizando ciertas operaciones de concentración sobre el solo fundamento de la estabilidad financiera.

a) La excepción de empresas en crisis

El reglamento europeo de concentraciones no recoge de manera expresa la excepción de empresa en crisis *–failing firm defence–*⁶⁹⁷. Sin embargo, las

⁶⁹⁶ CAPOBIANCO, A., “An international perspective”, *Concurrences*, nº 2, 2010, p. 19. V. también, OFFICE OF FAIR TRADING (UK), « Restatement of OFT's position regarding acquisitions of 'failing firms' » OFT 1047, Diciembre 2008. En octubre de 2009, la OCDE organizó una Roundtable Discussion sobre la excepción de las empresas en crisis en la que participaron 30 delegaciones internacionales diferentes y en donde se puso de manifiesto la relevancia de esta cuestión, así como la variedad de enfoques en cada una de las jurisdicciones. El informe final de este debate se encuentra disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/16/27/4510101021.pdf>.

⁶⁹⁷ La « failing firm defense » fue adoptada por primera vez por la Corte Suprema norteamericana en el asunto *International Shoe Co. v. FTC* (1930), donde consideró que la

Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales establecen lo siguiente:

*« si una de las partes de la concentración es una empresa en crisis, la Comisión puede concluir que la concentración, a pesar de plantear problemas de competencia, es compatible con el mercado común. El requisito básico es que el deterioro de la estructura competitiva tras la concentración no se deba a ésta. Éste será el caso cuando la estructura competitiva del mercado también se hubiera deteriorado en una medida cuando menos equivalente de no producirse la concentración »*⁶⁹⁸.

La Comisión ha tenido ocasión de señalar que la excepción de la empresa en crisis es una aplicación especial del estándar ordinario de autorización recogido en el artículo 2 del reglamento de concentraciones⁶⁹⁹. En efecto, en la medida en que esta

empresa objeto de la concentración se encontraba en una situación financiera ruinosa (« financial ruin ») y que, en estas circunstancias, el resultado menos anticompetitivo era permitir que la empresa fuera adquirida por otra y que era preferible esta opción a dejarla salir del mercado. Véase también la sentencia *Publishing Co. v. United States* (1969) y las directrices sobre concentraciones de la United States Fair Trade Commission y el United States Department of Justice que reconocen esta posibilidad.

⁶⁹⁸ Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales, precitadas, § 89.

⁶⁹⁹ Esta es la posición expresada por la delegación de la Comisión en el marco de la COMPETITION POLICY ROUNDTABLE, « The failing firm defense », precitada, disponible en <http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/failingfirmdefence.pdf>, p. 1.

excepción supone la aceptación de una concentración entre dos entidades financieras incluso si, como resultado de la misma, se produce una obstaculización significativa de la competencia efectiva, puede concluirse que se produce una flexibilización del estándar ordinario⁷⁰⁰.

A título general, la dificultad de aplicar esta excepción viene determinada por la necesidad de llevar a cabo lo que en la literatura anglosajona se conoce como « counterfactual ». Éste no es sino el medio a través del cual las autoridades de la competencia predicen el potencial impacto de una concentración en un mercado. Ello implica realizar una comparación entre la estructura competitiva existente en el mercado en un escenario « pre- » y « post- » concentración.

Por otro lado, la excepción de la empresa en crisis no exime de la obligación de notificación a los bancos que deseen llevar a cabo una concentración. De modo que, en sí misma, no elimina los problemas relacionados con la urgencia con que determinadas decisiones han de adoptarse⁷⁰¹.

⁷⁰⁰ Cfr. WALTER, M. y FLORIAN, P., “Standard merger control or a special case?”, *Concurrences*, vol. 2, 2010, p. 16, quienes sostienen que, en realidad, la excepción de la empresa en crisis no supone ninguna atenuación del estándar ordinario de autorización de una operación de concentración, sino solamente una eliminación del nexo causal entre la propia concentración y el empeoramiento de la estructura competitiva en el mercado.

⁷⁰¹ La Comisión ha reconocido que el riesgo de efectos sistémico es un factor que ha de ser tenido en cuenta como parte de la evaluación de la aplicación de esta excepción. Si la ausencia de una concentración entre bancos puede tener un fallo sistémico, en la ausencia de una concentración « de rescate ». Esta aproximación beneficiaría, por tanto, a los bancos considerados de relevancia sistémica.

La Comisión ha expuesto en numerosas ocasiones cuáles son los requisitos que han de concurrir para la aplicación de la excepción de empresa en crisis. La carga de la prueba, que resulta muy difícil de satisfacer, concierne en todo caso a las partes notificantes de la operación⁷⁰²:

- En primer lugar, la empresa presuntamente en crisis debe estar condenada, a causa de sus problemas económicos, a abandonar el mercado si no es absorbida por la otra empresa. Para ello, ha de demostrarse que la empresa no es capaz de cumplir con sus obligaciones financieras en el futuro más inmediato, y que no es capaz de volver a la viabilidad por sí sola. Esto se produce cuando ningún accionista o inversor financiero estaría dispuesto a aportar el capital necesario para que la empresa pueda afrontar sus deudas, o cuando puede determinarse que el valor de la liquidación es mayor que el valor de continuar en el mercado. No es necesario que un procedimiento concursal se haya abierto previamente, aunque debe ser una de las consecuencias inminentes de la no ejecución de la concentración. La evidencia de esta situación suele demostrarse por referencia a los balances de las cuentas de la

⁷⁰² Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales, precitadas, § 90 y siguientes. La Comisión ha reconocido que el riesgo de efectos sistémico es un factor que ha de ser tenido en cuenta como parte de la evaluación de la aplicación de esta excepción en la coyuntura actual. Si la ausencia de una concentración entre bancos puede tener un fallo sistémico, en la ausencia de una concentración « de rescate ». Esta aproximación beneficiará por tanto a los bancos considerados de relevancia sistémica. COMPETITION POLICY ROUNDTABLE, precitado, p. 7.

empresa en términos de rentabilidad, liquidez y solvencia⁷⁰³, aunque, en el sector bancario en particular, la confirmación de los problemas de solvencia por parte del banco central nacional puede ser en sí suficiente. En el contexto actual, puede ser también determinante la necesidad inminente de una intervención por parte del gobierno. Hemos de destacar, por otro lado, que la excepción de la empresa en crisis no debe confundirse con lo que pudiera denominarse la excepción de la « empresa en meras dificultades » *–failing firm defense–* que concierne, en esencia, a una empresa con perspectivas de futuro positivas, si bien por las circunstancias del mercado, se encuentra en una situación menos competitiva que la anterior⁷⁰⁴.

- En segundo lugar, para autorizar una operación de concentración sobre la base de esta excepción, no debe haber una medida potencialmente menos perjudicial para la competencia y no tiene que haber ningún otro posible adquirente⁷⁰⁵. La evaluación de este requisito es ciertamente complicado dado que, en un primer momento, implica hacer una evaluación de los posibles efectos de la concentración en el mercado y de otras opciones. Ahora bien, es muy difícil llevar a cabo este resultado si no se sabe muy bien cuál va a ser la situación del mercado en el futuro debido a la dinámica de cambio que están experimentando en la actualidad. La

⁷⁰³ Cfr. DAVIS, P. y COOPER, A., “On the evidence used to evaluate failing firm counterfactuals”, *Concurrences*, nº 2, 2010, p. 13.

⁷⁰⁴ En Estados Unidos, la Corte Suprema ha tenido ocasión de pronunciarse a este respecto en la sentencia *United States v. General Dynamics*, 415 U. S. 486 (1974).

⁷⁰⁵ La *Federal Cartel Office* ha rechazado aplicar esta defensa en un supuesto en el que no se había llevado a cabo un ofrecimiento público que probara que no existían otros adquirentes. V. GRAVE, C., *precitado*, p. 6.

dificultad es aún mayor atendiendo a que los gobiernos de los Estados miembros pueden intervenir en cualquier momento a favor de las instituciones financieras con esquemas de ayudas. Es aquí donde aparecen nuevamente de la mano el régimen de ayudas de Estado y el régimen de concentraciones, y donde la evaluación sobre los escenarios con o sin concentración podría llevar a un razonamiento circular⁷⁰⁶. Asimismo, resulta complicado demostrar que las empresas hayan intentado buscar opciones de compra alternativa, sobre todo si tenemos en cuenta la urgencia requerida en el contexto actual⁷⁰⁷.

- En tercer lugar, de no mediar una concentración, la desaparición del mercado de los activos de la empresa en dificultades debe resultar inevitable⁷⁰⁸. La

⁷⁰⁶ BAGCI, P. y MUYSERT P., « Banking mergers in a systemic financial crisis », The Handbook of competition economics, Global competition review, 2010, p. 5. Esto es, si una ayuda de Estado se considera mejor que la creación de una posición de dominio en el mercado que en el largo plazo pueda dar lugar perjudicar a la competencia en mayor medida. A modo de ilustración, se preferirá una ayuda si la concentración se proyecta entre empresas con cuotas de mercado muy altas. La ayuda de Estado se encuentra limitada a fin de cuentas en el tiempo y está sometida a la obligación de devolución. Tal y como se indica más adelante, esta cuestión se planteó con ocasión del recurso ante los tribunales ingleses contra la decisión del *Secretary of State* de autorizar la concentración HBOS/Lloyds TBS. La OFT en el asunto Lloyds/HBOS, incluso siendo consciente de los peligros que una denegación de la autorización implicarían para la estabilidad nacional, no hizo uso de este motivo de autorización.

⁷⁰⁷ En algunas jurisdicciones, como en Estados Unidos, solamente se requiere satisfacer el estándar de « *unsuccessful good faith efforts* ».V. la sentencia *Citizen Publishing Co v. United States*, 394 U. S. 131, 138-139 (1969).

⁷⁰⁸ Este criterio no coincide en todos los regímenes. Así puede verse una diferencia respecto de la aplicación pro parte de la Federal Cartel Office alemana donde se evalúa si, sin la

inevitabilidad de que los activos de la empresa en crisis desaparezcan del mercado en cuestión puede dar pie a la conclusión, en particular en el caso de una concentración de la que surja un monopolio, de que la cuota de mercado de la empresa en crisis pasaría, en cualquier supuesto, a la otra parte de la concentración⁷⁰⁹. Este elemento es importante a la hora de evaluar si sería preferible proceder a la liquidación de la empresa en dificultades y que el resto de competidores en el mercado adquirieran los activos de la empresa en el procedimiento de liquidación, de modo que los mismos quedaría igualmente en el mercado.

Por el momento, la Comisión no ha hecho uso de esta excepción desde que comenzó la crisis, aunque también es cierto que no ha tenido que enfrentarse a ninguna concentración de relevancia sistémica. A pesar de todo, existen varios ejemplos en los que la Comisión la ha considerado aplicable, entre los que destacan los asuntos Kali & Salz y el asunto Basf⁷¹⁰. En otros, en cambio, la Comisión ha estimado que el caso en particular no satisfacía los tres requisitos expuestos anteriormente⁷¹¹.

concentración, la parte de Mercado de dicha empresa pasaría al adquirente en todo caso. Ello es frecuente, como es lógico, en caso de duopolios o supuestos de posición de dominio entre las dos empresas de la concentración.

⁷⁰⁹ Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO C 31, p. 5), § 90.

⁷¹⁰ Decisiones de la Comisión de 14 de diciembre de 1993, asunto IV/M.308 — Kali&Salz/Mitteldeutsche Kali/ Treuhad (DO L 186, p. 38) y de 11 de julio de 2001, asunto COMP/M.2314 — BASF/Eurodiol/Pantochim (DO L 132, p. 45). La decisión en el asunto Kali & Salz fue confirmada por la sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1998, Francia

3. LA ESTABILIDAD FINANCIERA COMO MOTIVO DE INTERÉS PÚBLICO

En ocasiones, se ha considerado que el régimen de concentraciones no preveía fórmulas suficientes de flexibilidad para determinados casos de gran importancia en el contexto de la crisis y que había de recurrirse, por tanto, a una aproximación más pragmática consistente en la autorización de una operación de concentración sobre la base del motivo exclusivo de la estabilidad financiera. Este enfoque supone, a fin de cuentas, dejar al margen consideraciones exclusivas de defensa de la competencia. Ello se ha querido apoyar en el hecho de que la estabilidad financiera es un motivo de interés público similar a los que ya vienen recogidos en las disposiciones del régimen de concentraciones. El Reino Unido ofrece una interesante muestra de este

e.a. c. Comisión, asuntos C-68/94 y C-30/95, Rec. p. I-1375. Véanse también las decisiones de la Comisión de 5 de septiembre de 2002, asunto COMP/M.21016 — Ernst&Young Francia/Andersen Francia (no publicado); de 20 de septiembre de 2002, asunto COMP/M.21010 — Deloitte&Touche/Andersen (UK) (DO C 200, p. 8), donde la Comisión reconduce esta excepción hacia la aplicación ordinaria del test de autorización de las concentraciones.

⁷¹¹ Decisión de la Comisión de 10 de mayo de 2007, asunto M.43101 — JCI/VB/FIAMM (DO L 5, p.14) y de 15 de octubre de 1991, asunto IV/M.053 — Aerospatale-Alenia/de Havilland (DO L 334, p. 42); de 4 de diciembre de 1996, asunto IV/M.774 — Saint-Gobain/Wacker-Chemir/NOM (DO L 247, p. 1);. Otros ejemplos, relativos al supuesto particular, no de la empresa en crisis, sino de la « unidad operativa en crisis » son las decisiones de la Comisión de 27 de mayo de 1998, asunto IV/M.993 — Beterlsmann/Kirch/Premiere (DO L 53, p. 1) ; de 3 de febrero de 1999, asunto IV/M.1221 — REWE/Meinl (DO L 274, p. 1) ; y de 2 de abril de 2003, asunto COMP/M.21076 — NewsCorp/Telepiu (DO L 110, p. 73).

planteamiento, el cual se planteó con ocasión de la concentración entre el HALIFAX BANK OF SCOTLAND (en adelante « HBOS ») y su competidor LLOYDS TSB.

En el Reino Unido, el régimen de control de concentraciones se encuentra recogido en la denominada Enterprise Act 2002, uno de cuyos objetivos principales fue el reforzar el papel de la *Office of Fair Trading* (en adelante « OFT ») y de la *Competition Commission* (en adelante, « CC ») en tanto que autoridades independientes. En el marco de una concentración, la OFT tiene la obligación de elaborar un informe sobre las consecuencias en el mercado relevante de dicha operación y ha de remitirla a la CC cuando considera que puede existir una « *relevant merger situation* », esto es, cuando existe un « significant prospect » de que en el mercado se produzca un « *substantial lessening of competition* »⁷¹². Por su parte, la CC, una vez que ha recibido el asunto de la OFT, debe decidir si efectivamente, haciendo un balance de probabilidades, la concentración es susceptible de crear tal situación. Si la conclusión se establece en lo afirmativo, la CC impone entonces una serie de condiciones o remedios destinados a mitigar o prevenir los efectos contrarios en la competencia.

⁷¹² La Sección 22(1) de la Enterprise Act 2002 establece, bajo el título « *Duty to make references in relation to completed mergers* » lo siguiente: « *The OFT shall [...] make a reference to the Commission if the OFT believes that it is or may be the case that—(a) a relevant merger situation has been created; and (b) the creation of that situation has resulted, or may be expected to result, in a substantial lessening of competition within any market or markets in the United Kingdom for goods or services* ».

Ahora bien, la Enterprise Act 2002 permite igualmente al gobierno del Reino Unido, a través del *Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform* (en adelante, « Secretary of State »), intervenir en concentraciones consideradas como relevantes para el interés público⁷¹³. En estos supuestos, la OFT debe hacer un informe para el Secretary of State⁷¹⁴, quien ha de decidir si referir el caso a la CC o autorizar la concentración directamente. Ha de destacarse que, antes de la crisis actual, solamente dos consideraciones de interés público eran reconocidas en la Enterprise Act 2002: seguridad nacional y pluralidad mediática. Éstas no habían sido empleadas más que en limitadas ocasiones. Ahora bien, la Enterprise Act 2002 también está previsto que si la intervención del Secretary of State hubiera de fundarse en una base de interés público distinta a las ya previstas, el nuevo motivo habría de añadirse a la Enterprise Act 2002 mediante una modificación de la propia norma. Esta modificación ha de llevarse a cabo en el Parlamento británico, que debe aprobarla en las dos cámaras que lo componen.

Ante la inminente crisis del banco HBOS, el 18 de septiembre de 2008, LLOYDS TSB y HBOS anunciaron un acuerdo mediante el cual la primera entidad adquiriría la segunda, en una operación que daría como resultado la creación del mayor banco

⁷¹³ Sección 42(2) de la Enterprise Act 2002, contenida en el capítulo segundo « Public interest cases ».

⁷¹⁴ Sección 44 de la Enterprise Act 2002, contenida en el capítulo segundo « Public interest cases ».

y prestador de servicios hipotecarios en el Reino Unido⁷¹⁵. Esta adquisición, a pesar de tener dimensión comunitaria, no fue notificada a la Comisión bajo el amparo de la denominada regla de los « dos tercios » a la que ya nos hemos referido.

En esa misma fecha, el Secretary de State hizo pública su intención de intervenir en la concentración haciendo una llamada al interés público de asegurar la estabilidad del sistema financiero. Con todo, siguiendo el procedimiento ordinario, el Secretary de State emplazó a la OFT a enviarle su informe correspondiente antes del 24 de octubre de 2008 después del cual decidiría si enviar el asunto a la CC⁷¹⁶. De manera paralela, dio inicio al procedimiento para que el Parlamento modificara la Enterprise Act 2002. Las razones que indicó en el proyecto de inclusión de la estabilidad financiera como motivo de interés público fueron los siguientes:

« Reasons for the intervention and for making an order to specify a new public interest consideration

In deciding to make the order to specify the “stability of the UK financial System” as a new public interest consideration, the Secretary of State has had regard to the fact that the Financial Services sector and the banking sector in

⁷¹⁵ THE GUARDIAN, « HBOS Takeover Fails to End global panic on final markets », 26 de septiembre de 2008.

⁷¹⁶ V. la Intervention Notice del Secretary de State de 18 de septiembre de 2008, disponible en <http://www.berr.gov.uk/files/file47995.pdf>.

particular, are vital to the rest of the economy. They match the resources of savers to the needs of borrowers, provide firms and individuals with the means to make and receive payments, and provide channels for the distribution and diversification of risk. Financial instability in the financial services sector can disrupt these functions and have a damaging effect on the wider economy.

The failure of a bank, building society or other deposit-taking firm would leave individuals and businesses unable to access savings, raise finance or meet day to day financial obligations. A single bank failure has the potential to spread to other parts of the financial system through its effect on consumer confidence, the inter-bank lending market and through other channels. The failure of a single bank can involve greater and more widespread costs to the economy than that of a similar sized business in a different sector.

In the light of extraordinary stress in the worldwide financial markets at the time of the proposed Lloyds/HBOS merger, and the systemic importance of HBOS plc to the UK banking system, the Secretary of State considered that there was a need to act quickly and intervene in the proposed merger

given the serious threat to the stability of the UK financial system. This enables stability of the UK financial system to be taken into account, along with competition effects, in regulatory decisions relating to the merger.

In making his decision to intervene and to specify the new public interest consideration the Secretary of State took advice from the Tripartite Authorities - HM Treasury, Bank of England and the Financial Services Authority - who stressed the importance that significant weight should be given to the financial stability issues alongside competition questions in the assessment of the proposed Lloyds/HBOS merger. The Secretary of State was also mindful of the need to give clarity to the market on the regulatory framework, and some certainty for the proposed merger ».

La modificación de la *Enterprise Act 2002* fue aprobada por el Parlamento británico el 23 de octubre de 2008 y entró en vigor al día siguiente. La nueva redacción preveía la intervención del gobierno cuando así lo exigiera « *the interest of maintaining the stability of the UK financial system* ».

Días más tarde, fue publicado el informe del OFT, concretamente el 31 de octubre de 2008, junto con la decisión del *Secretary of State* de no dar traslado de la

transacción a la CC a fin de abrir un procedimiento formal de investigación sobre la supuesta distorsión en la competencia a que daba lugar la operación entre los dos bancos.

El informe de la OFT consideraba que una investigación por parte de la CC estaba justificada⁷¹⁷. Además, la OFT consideró que los beneficios o eficiencias derivadas de la operación no podrían compensar la distorsión en la competencia⁷¹⁸. La OFT se expresó en los siguientes términos:

*« Against one or both counterfactuals, the OFT considers that there is a realistic prospect of an SLC in three areas: personal current accounts (PCAs), SME banking and mortgages. More specifically, the OFT has medium to long-term concerns (Stage II) in relation to all three product areas, and in addition short term concerns (Stage I) in relation to PCAs and SME banking »*⁷¹⁹.

⁷¹⁷ OFFICE OF FAIR TRADING, “Anticipated acquisition by Lloyds TSB plc of HBOS plc – Report to the Secretary of State for Business Enterprise and Regulatory Reform”, 24 de octubre de 2008, § 384, disponible en http://www.offt.gov.uk/shared_offt/press_release_attachments/LLloydstsb.pdf

⁷¹⁸ OFFICE OF FAIR TRADING, precitado, § 3101.

⁷¹⁹ OFFICE OF FAIR TRADING, precitado, § 7.

A pesar de lo anterior, el *Secretary of State* concluyó lo siguiente:

« It is clear from the OFT Report that the proposed merger is capable of giving rise to competition concerns. However, as can be seen from the submissions made to the OFT by the tripartite authorities, the merger also provides an effective, market based means of restoring the stability of HBOS and helps to secure the stability of the UK financial system as a whole.

[...] On balance, [the Secretary of State] has concluded that ensuring the stability of the UK financial system justifies the anti-competitive outcome which the OFT has identified and that the public interest is best served by clearing the merger »⁷²⁰.

Cabe señalar que la intervención pragmática del gobierno británico en el asunto HBOS ha sido muy criticada⁷²¹ e incluso llevó al Parlamento a tener que responder a

⁷²⁰ Decision by Lord Mandelson, the Secretary of State for Business, not to refer to the Competition Commission the merger between Lloyds TSB Group plc and HBOS plc under Section 45 of the Enterprise Act 2002, de 31 de octubre de 2008, disponible en <http://www.berr.gov.uk/files/file410745.pdf>.

⁷²¹ THE ECONOMIST, “Call it Off”, 8 de noviembre de 2008, que pone en duda que un control ex post de la competencia pueda ser igual de eficaz que una prevención ex ante de los problemas que implicaba la operación entre los dos bancos.

numerosas asociaciones de consumidores indicando que no se habían ignorado los efectos en la competencia de la concentración y que la nueva entidad resultante estaría sometida, como todas las demás, a la vigilancia de las autoridades de competencia⁷²². La decisión también fue impugnada ante el *UK Competition Appeal Tribunal*. Los demandantes hacían valer que la decisión del Secretary of State era ilegal, y su argumento principal sostenía que la decisión estaba ya tomada y prejuzgada incluso antes de que el OFT enviara su informe. Esto le impedía tener en cuenta otros factores alternativos que se plantearon durante ese periodo, como fue precisamente el que, de manera contemporánea a la decisión de aprobar la operación, el gobierno estableció un esquema de garantía de 500 mil millones de libras como parte del « *bail-out* » británico. El tribunal de apelaciones rechazó, sin embargo, el recurso como manifiestamente infundado⁷²³.

A la vista del pragmatismo con que se adoptó la decisión anterior, cabe preguntarse si los ordenamientos del resto de los Estados miembros prevén una opción similar y si podría articularse la misma solución a nivel de la Unión.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, cabe destacar que, en Italia, el gobierno adoptó un decreto relativo a las operaciones de reestructuración de compañías en crisis que impide a la autoridad italiana de la competencia bloquear concentraciones

⁷²² V. también GOMES DA SILVA, A. y SANSOM M., “Antitrust implications of the financial crisis: a UK and EU view”, *Antitrust*, vol. 23, nº 2, 2009, p. 27.

⁷²³ *Merger Action Group v. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, (2008) CAT 36, judgement at ¶ 83 (dec. 10 2008)

entre ciertas compañías en dificultades o desmantelar ciertos monopolios durante un periodo de tres años⁷²⁴. Por su parte, Irlanda ha seguido un camino similar al del Reino Unido⁷²⁵. Otros Estados miembros, como es el caso de Alemania, también prevén la posibilidad de que el gobierno decida en contra de una resolución previa adoptada por la autoridad de competencia⁷²⁶.

En el plano de la Unión, el reglamento de concentraciones no recoge ninguna una cláusula que permita la autorización de una concentración sobre la base exclusiva de la estabilidad financiera. Sin embargo, el artículo 21, apartado 4, del mismo reglamento permite que los Estados miembros apliquen una serie de consideraciones no relacionadas directamente con la competencia a operaciones de dimensión comunitaria. En esencia, esta disposición establece que los Estados miembros podrán adoptar las medidas pertinentes para proteger intereses legítimos entre los que se encuentran « *la seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación y las normas prudenciales* ». Cualquier otro interés público deberá ser comunicado por el Estado miembro de que se trate a la Comisión, y deberá ser reconocido por ésta previo examen de su compatibilidad con los principios generales y demás disposiciones del Derecho de la Unión antes de que puedan adoptarse las medidas particulares. Ahora bien, la Comisión entiende que, en realidad, un Estado

⁷²⁴ Decreto-Legge, n° 134, Disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese in crisi, Gazzetta Ufficiale n. 201 del 28 Agosto 2008.

⁷²⁵ The Credit Institutions (Financial Support) Act 2008, disponible en <http://www.finance.gov.ie/documents/publications/legi/creditinstsupp08.pdf>.

⁷²⁶ V. el caso de RUHRGAS AG adquirida por E.ON AG.

puede prohibir o poner condiciones adicionales a una concentración autorizada por la Comisión, pero no puede autorizar una concentración no consentida por la Comisión⁷²⁷. En el contexto actual, los supuestos se presentan de manera justamente opuesta.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Por lo que se refiere al régimen de concentraciones, la cuestión más inmediata que puede plantearse es la del riesgo de crear entidades financieras de tal tamaño que, en el evento de una futura crisis de confianza en el mercado, hagan valer nuevamente que son demasiado grandes como para que los gobiernos permitan su salida del mercado. Sin embargo, resulta difícil dar respuestas a la cuestión de cuándo es una empresa muy grande para desaparecer del mercado. En todo caso, pueden adoptarse varias medidas que eviten este tipo de argumentos y que se refieren a la separación de las actividades de los bancos que implican un alto riesgo del resto de sus actividades. Incluso la evaluación y autorización de las operaciones de concentración entre instituciones financieras en el contexto actual podría llevarse a cabo no solamente ante reguladores de la competencia, sino también ante financieros, en una suerte de análisis conjunto.

A la vista de todo lo anterior, queda patente que el debate sobre qué papel le corresponde al derecho de la competencia y, en particular, al control de concentraciones en el contexto actual se mueve en una línea de equilibrio entre la

⁷²⁷ LOWE, P., precitado, p. 18 y 19

flexibilidad en la implantación de los controles de competencia y el deseo de no crear entidades financieras tan grandes que en una futura crisis nos obliguen nuevamente a recurrir al argumento de que tales instituciones son « *too big to fail* ».

RECAPITULACIÓN

A la luz del examen efectuado en los apartados precedentes, dirigido a revisar y complementar los postulados elementales de la teoría clásica de los fines del derecho de la competencia, pueden establecerse las siguientes conclusiones a título de recapitulación de lo que ha sido señalado tanto en la introducción de este estudio como en el desarrollo del análisis en las distintas partes que lo componen.

En primer lugar, desde un punto de vista instrumental, la competencia implica una lucha por alcanzar una meta por delante de aquéllos que comparten un mismo propósito, lo que, dentro del plano empresarial, significa la convergencia rival por el aumento en la cuota de mercado respecto al resto de agentes económicos en él a fin de maximizar beneficios. De acuerdo con la teoría económica clásica, existen importantes ventajas para la sociedad cuando en un mercado se dan condiciones próximas a la competencia perfecta. Ello hace que los precios de los productos y servicios sean lo más bajos posibles en el mercado y sirve además como estímulo constante para la innovación y la mejora de dichos bienes.

Ahora bien, cabe destacar que, si bien puede convenirse que la competencia ha de estar encaminada, en un sentido normativo, a procurar los beneficios precedentes tanto a los consumidores como a la sociedad, la primera limitación que surge en la práctica es la determinación de los buenos medios para conseguir los objetivos a los que se encuentra dirigida. El debate a este respecto se ha articulado en torno a la

cuestión de saber si, por defensa de la competencia, ha de entenderse *defensa de los consumidores*, de modo que los consumidores disfruten de los precios más bajos posibles en el mercado en todo momento, fundamentalmente en el corto plazo, o si bien ha de entenderse como *defensa del proceso competitivo*. A diferencia de la primera concepción, esta última considera que es necesario garantizar una mejor estructuración del mercado y que, por lo tanto, han de censurarse aquellas prácticas que pudieran llevar a una empresa a adquirir un mayor poder de mercado, y ello a pesar de que dicha práctica pudiera generar eficiencia en el mercado en el corto plazo. El examen propuesto en esta disertación ha permitido exponer que el derecho de la competencia y su aplicación implica primar a uno de estos objetivos por encima del otro. En otros términos, la persecución de uno de estos objetivos supone la renuncia consiguiente del objetivo opuesto. Estos objetivos se priorizan o se conjugan de manera distinta según el sistema de la competencia a que nos refiramos. En la actualidad, la prioritización de estos objetivos revela una relativa convergencia a nivel global liderada por el régimen de competencia norteamericano próximo a postulados ligados a la protección de la eficiencia y que la Comisión parece haber recogido en la Comunicación de 2009, en la que se establecen las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 102 TFUE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes.

En segundo lugar, la afirmación según la cual el derecho de la competencia debe estar destinado a proteger la competencia implica, con carácter previo, que dicha competencia exista ya en el mercado. Sin embargo, dejando al margen aquellos

supuestos en los que la competencia no es posible por cuestiones puramente fácticas históricamente, en el contexto europeo, no todos los mercados han estado sometidos a condiciones de competencia susceptibles de ser protegidas. En efecto, muchos de ellos no se encontraban abiertos a la competencia por la intervención de los Estados y la creación, en particular, de lo que se conocen comúnmente como monopolios públicos. Las disposiciones del Tratado en materia de competencia han tenido en este contexto como objetivo fundamental la creación de condiciones de competencia en el mercado mediante su apertura y liberalización. En el caso de la Unión Europea, ello *no* ha sido resultado inicialmente de una acción legislativa por parte de la Comisión, sino a través de la interpretación del Tribunal de Justicia del artículo 106 del TFUE con arreglo a una interpretación teleológica conforme con los objetivos de integración europea y de establecimiento y consolidación del mercado interior. En consecuencia, las disposiciones de derecho de la competencia fueron empleadas, en un primer momento, no para evitar que el mercado interior se viera distorsionado, sino para abrir, con carácter previo, ciertos sectores a la competencia. En el contexto de la crisis actual, el derecho de la competencia europeo ha sido empleado, no solamente para evitar que la competencia sea falseada en el mercado, sino que, en determinados sectores y dadas las particularidades de las políticas nacionales económicas europeas, ha estado previamente dirigido a la *creación* de condiciones de la competencia. En particular, las disposiciones de competencia del Tratado, tal y como han sido interpretadas por el Tribunal de Justicia en el marco de los objetivos de establecimiento y desarrollo de un mercado interior, han dado lugar a un

verdadero proceso de liberalización de los sectores donde históricamente habían operado monopolios públicos.

En último lugar, desde otra perspectiva, el debate sobre los objetivos del derecho de la competencia se plantea entre, por un lado, aquéllos que consideran que tales objetivos deben limitarse a actuar en contra de las empresas que, debido a su comportamiento, no permitan que los mercados funcionen de manera eficiente y dañen de esta manera a los consumidores, y, por otro, aquéllos que consideran que es necesario orientar el derecho de la competencia hacia un abanico más amplio de objetivos, algunos de ellos no ligados a la competencia en el mercado. La consecución de estos objetivos, que no necesariamente han de tener una naturaleza económica, supone dejar de lado consideraciones ligadas puramente a la maximización del bienestar de los consumidores y, por lo tanto, una pérdida de eficiencia. Estos objetivos pueden ser la protección del empleo, la protección de pequeñas y medianas empresas, la creación de industrias nacionales o, como en el contexto actual, la estabilidad financiera. La crisis presente y la búsqueda de una mayor estabilidad financiera ha reabierto el debate sobre qué punto de flexibilidad puede llegarse a adoptar en la aplicación de las disposiciones en este ámbito a fin de garantizar un objetivo que no está estrictamente dirigido a la maximización del bienestar de los consumidores. La situación actual sirve de ilustración para quienes conciben que el derecho de la competencia no debe ceñirse a un único objetivo, sino a varios simultáneamente.

* * *

BIBLIOGRAFÍA

- ABBAMONTE, G., “Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing versus Equity”, *European Law Review*, vol. 23, 1998.
- ADOLFF, J., “Turn of the Tide?: The 'Golden Share' Judgements of the European Court of Justice and the Liberalization of the European Capital Markets”, *German Law Journal*, vol. 3, nº 8, 2002.
- AHLBORN, C., BAILEY, D., y CROSSLEY, H., “An antitrust analysis of tying: position paper”, *GCLC Research papers on article 82 EC*, 2005.
- ALHBORN, C., EVANS, D. S., y PADILLA, A. J., “The antitrust economics of tying: a farewell to per se illegality”, *Antitrust Bulletin*, vol. 49, 2004.
- AHLBORN, C., y GRAVE, C., “Walter Eucken and ordoliberalism: an introduction from a consumer welfare perspective”, *Competition Policy International*, vol. 2, nº 2, 2007.
- AHLRBORN, C., y PADILLA, A. J., “From fairness to welfare: implications for the assessment of unilateral conduct under EC Competition Law”, en EHLERMANN, C-D. y MARQUIS, I., *European Competition Law Annual 2007: a reformed approach to article 82*, Hart Publishing, 2008.
- AHLBORN, C. y PICCININ, D., “The application of the principles of restructuring aid to banks during the financial crisis”, *European State Aid Law Quarterly*, nº 1, 2010.
- AKMAN, P., “The European Commission’s Guidance on article 102 TFUE: from inferno to paradiso?”, *The Modern Law Review*, vol. 73, nº 4, 2010.
— “Searching for the long-lost soul of article 82 EC”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 29, nº 2, 2009.
- AKMAN, P. y GARROD, L., “When are excessive prices unfair?”, *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 7, nº 2, 2011.

- ALBORS-LLORENS, A., “The role of objective justification and efficiencies in the application of article 82 EC”, *Common Market Law Review*, vol. 48, 2007.
- ALESSI, R., *Princippi di diritto amministrativo*, Giuffré, 1974.
- ALEXIS, A., “Droits exclusifs ou spéciaux et aides d’État – Questions ouvertes”, *Revue du Droit de l’Union Européenne*, n° 2, 2004.
- ALONSO LEDESMA, C., “El transporte marítimo en la Unión Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, n° 246, 2005.
- AREEDA, P. y TURNER D., “Predatory pricing and related practices under section 2 of the Sherman Act: A comment” *Harvard Law Review*, vol. 88, 1975.
- AREEDA, P. y KAPLOW, L., *Antitrust Analysis – Problems, text and cases*, Aspen Law & Business, 1997.
- ARPIO SANTACRUZ, J. L., *Las Ayudas públicas ante el Derecho europeo de la competencia*, Aranzadi Editorial, Madrid, 2000.
- AROWOLO, O., “Application of the concept of barriers to entry under article 82 of the EC Treaty: is there a case for review”, *European Competition Law Review*, vol. 26, n° 5, 2005.
- ART, J-Y, y MCCURDY, G. S., “The European Commission’s Media Player remedy in its Microsoft Decision: compulsory code removal despite the absence of tying or foreclosure”, *European Competition Law Review*, vol. 11, 2004.
- ASCARELLI, T.: *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, Studia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1970.
- AZEVEDO, J. y WALTER, M., “Dominance: meaning and measurement”, *European Competition Law Review*, vol. 23, n° 7, 2002.
- BACON, K., “State aid and general measures”, *Yearbook of European Law*, n° 17, 1997.
- BAGCI, P. y MUYSERT P., “Banking mergers in a systemic financial crisis”, *The Handbook of competition economics*, Global competition review, 2010.

- BAQUERO CRUZ, J., “Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law”, en DE BÚRCA, G. (ed.), *EU Law and the Welfare State*, Oxford University Press, 2005.
- BARTOSCH, A., “EC State aid law reviewing equity injections and loan grants by the public sector: a comparative analysis”, *European Competition Law Review*, vol. 21, 2000,
- BAUDENBACHER, C. y BREMEN, F., “European state aid and merger control in the financial crisis – From negative to positive integration”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 1, n° 4, 2010.
- BEBCHUK L. A., “A Plan For Addressing the Financial Crisis”, *Harvard Law and Economics Discussion Paper*, n° 620, 2008.
- BERGMAN, M. A., “Editorial: The Bronner Case – A turning point for essential facilities”, *European Competition Law Review*, vol. 21, 2000.
- BERGMAN, M. A., JAKOBSSON, M. y RAZO C., “An economic analysis of the European Commission’s merger decisions”, *International Journal of Industrial Organization*, n° 23, 2005.
- BERLIN, D., “La spécificité du secteur bancaire et financier au regard du contrôle des aides d’État”, *Concurrences*, n° 1, 2007.
- BISHOP, W., “Price discrimination under article 86: political economy in the European Court”, *The Modern Law Review*, vol. 44, 1981.
- BISHOP, S., y WALKER, M., *The Economics of EC Competition Law*, Sweet & Maxwell, 2010.
- BOEGER, N., “Solidarity and EC Competition Law”, *European Law Review*, vol. 32, n° 3, 2007.
- BOVIS, C., “Financing Services of General Interest, Public procurement and State Aids: the delineation between market force and protection in the European Common Market”, *European Law Journal*, vol. 11, n° 1, 2005.

- BLUM, F., “The recent case-law of the European Court of Justice on state monopolies and its implications for network industries”, *Journal of Network industries*, nº 1, 2000.
- BLUM, F., y LONGUE, A., *State Monopolies under EC Law*, Bruylant, 1998.
- BRODLEY, J. y HAY, G., “Predatory pricing: competition economic theories and the evolution of legal standards”, *Cornell Law Review*, vol. 66, 1981.
- BUENDÍA SIERRA, J. L., “Derecho especiales y exclusivos, servicios públicos y servicios de interés económico general”, en BENEYTO PÉREZ, J. M., y MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. (dir), *Tratado de Derecho de la Competencia*, Bosch, 2005.
- “Services d’intérêt general en Europe et politique communautaire de concurrence”, *Competition Policy Newsletter*, nº 3, 1996.
- “Not like this: some sceptical remarks on the « refined economic approach » in State Aid”, *European State Aid Law Quarterly*, 2006.
- *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, Oxford.
- CABALLERO SÁNCHEZ, R., *Infraestructuras de red y liberalización de servicios públicos*, Instituto Nacional de Administración Pública, 2003.
- CAPOBIANCO, A., “An international perspective”, *Concurrences*, nº 2, 2010.
- CASU B. y GIRARDONE C., “Competition issues in European banking”, *Journal of Financial Regulation and Compliance*, vol. 17, nº 2, 2009.
- CASTILLO DE LA TORRE, F., “State action defence in EC Competition Law”, *World Competition*, vol. 28, nº 4, 2005.
- CHALMERS, D., MONTI, G. y otros, *European Union Law*, Cambridge, 2006.
- COCCIA, C., “Le partecipazioni statali italiane davanti alla Corte di Giustizia: Aiuti di Statu o aiuti di status?”, *Revista di Diritto Internazionale*, 1992.
- COLE, H. L. y OHANIANM, J. L., “New Deal policies of the persistence of the Great Depression: A general equilibrium analysis”, *Journal of Political Economy*, vol.112, 2004.

- CONOR, Q., *European State Aid Law*, Hart Publishing, 2009.
- COSTAS COMESAÑA, A., “Liberalización y concentración de industrias de servicios públicos: dilemas para la política pública”, en VALERA CARID, F. (ed.), *Economía y defensa de la competencia*, Tribunal Galego de Defensa de la Competencia, 2010.
- COUTINHO DE ABREU, J. M., “L’européanisation du concept d’entreprise”, *Revue Internationale de Droit Économique*, 1995.
- D’SÁ, R. M., “Instant State Aid Law in a Financial Crisis – A U-Turn?”, *European State Aid Law Quarterly*, vol. 8, nº 2, 2009.
- DAVIES, G., “Article 86 EC, the EC’s economic approach to competition law and the general interest”, *European Competition Journal*, vol. 5, nº 2, 2009.
- DAVIS, P. y COOPER, A., “On the evidence used to evaluate failing firm counterfactuals”, *Concurrences*, nº 2, 2010.
- DE LA CRUZ FERRER, J., *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, 2002.
- DE LA MANO, M., “For the Customer’s Sake: the competitive effects of efficiencies in European merger control”, *Enterprise papers*, nº 11, 2002.
- DEVROE, W., “Privatizations and Community Law: neutrality versus policy”, *Common Market Law Review*, vol. 34, 1997.
- DETHMERS, F. y DODOO, N. “The abuse of Hoffmann-La Roche: The meaning of dominante Ander EC Competition Law”, *European Competition Law Review*, vol. 27, 2006.
- EDITORIAL BOARD, “Weathering through the credit crisis: Is the Community equipped to deal with it?”, *Common Market Law Review*, nº 46, 2009.
- EILMANSBERGER, T., “How to distinguish good from bad competition under article 82: in search of clearer and more coherent standards for anti-competitive abuses”, *Common Market Law Review*, vol. 42, 2005.

- ELHAUGE, E., “Tying, bundled discounts, and the death of the single monopoly profit theory”, *Harvard Law Review*, vol. 123, 2009.
- EVANS, D. S., y PADILLA, A. J., “Excessive prices: using economics to define administrable legal rules”, *Journal of competition law and economics*, vol. 1, 2005.
- EZRACHI, A., “The European Commission Guidance on article 82 EC – The way in which institutional realities limit the potential for reform”, *Oxford Legal Research Paper Series*, nº 27, 2009.
- FLYNN, “Competition and Public Services in EC Law after the Maastricht and Amsterdam Treaties”, en O’KEEFFE y TWOMEY (eds.), *Legal issues of the Amsterdam Treaty*, 1999.
- FOX, E., “Monopolization and dominance in the US and the EC: efficiency, opportunity and fairness”, *Notre Dame Law Review*, vol. 61, 1986.
— “The modernization of antitrust: a new equilibrium”, *Cornell Law Review*, 1981.
- FRIEDERISZICK, H. W., NEVEN D. y ROLLER, L. H., “Evaluation of the effectiveness of state aid as a policy instrument”, *Report to DG ECFIN*, 2003.
- FRIEDERISZICK, H. W., ROLLER, L. H. y VEROUDEN, V., “European state aid control: an economic framework”, en BUCCIROSSI, P., *Handbook of Antitrust Economics*, MIT Press, 2006.
- GAL, M. S., “Monopoly pricing as and antitrust offense in the US and the EC: two systems of belief about monopoly”, *Antitrust Bulletin*, vol. 49, 2004.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Civitas, 2001.
- GARDNER, A., “The velvet revolution: article 90 and the triumph of the free market in Europe’s regulated sectors”, *European competition law review*, vol. 16, 1995.

- GERADIN, D. (ed.), *The liberalization of State monopolies in the European Union and Beyond*, Kluwer International, 2000.
- GERARD, D., “EC competition law enforcement at grips with the financial crisis: Flexibility on the means, consistency in the principles”, *Concurrences*, nº 1, 2009.
— “Managing the Financial Crisis in Europe: Why Competition Law is Part of the Solution, Not of the Problem”, *Global Competition Review*, Diciembre de 2008.
- GERBER, D. J., *Law and Competition in Twentieth Century in Europe*, Oxford University Press, 1998.
- GIPPINI FOURNIER, E. Y RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A., “Golden Share en la comunidad europea: ¿fin de la edad dorada?”, *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº 220, 2002.
- GOMES DA SILVA, A. y SANSOM M., “Antitrust implications of the financial crisis: a UK and EU view”, *Antitrust*, vol. 23, nº 2, primavera 2009.
- GLOCKNER, J. y BRUTTEL, L., “Predatory pricing and recoupment under EC competition law – per se rules, underlying assumptions and the reality: results of an experimental study”, *European Competition Law Review*, vol. 31, 2010.
- GRAVE, C., “Merger control in the banking sector during the financial crisis”, *Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht (« ZEW »)*, University of Bonn, nº 178, 2010.
- GRAVENGAARD, M., “The meeting competition defence principle – a defence for price discrimination and predatory pricing”, *European Competition Law Review*, vol. 12, 2006.
- GYSELEN, L., “Rebates: Competition on the merits or exclusionary practices”, en 8th EU Competition Law and Policy Workshop, What is an abuse of a dominant position?, European University Institute, 2003.
- HALL, M., “Competition law and the credit crunch: do the usual State aid rules still apply?”, *Practical Law Company*, vol. 22, 2009.

- HAMMER, P. J., “Antitrust beyond competition: Market failures, total welfare, and the challenge of intramarket second-best tradeoffs”, *Michigan Law Review*, nº 98, 2000.
- HANCHER, L. y BUENDÍA SIERRA, J. L., “Cross-subsidization in EC Law”, *Common Market Law Review*, vol. 35, 1998.
- HANCHER, L., OTTERVANGER, J. y SLOT, P., *EC State Aids*, Sweet & Maxwell, 2006.
- HANKIN, R., “New developments on industrial restructuring”, 7th Experts’ forum on new developments in European State Aid Law 2009, European State Aid Law Quarterly Institute, 14 y 15 de mayo 2009, Bruselas.
- HARBORD, D. y HOEHN. T., “Barriers to entry and exit in European Competition Policy”, *Internacional Review of Law and Economics*, vol. 14, 1994.
- HEIT, J., “The justifiability of the ECJ’s wide approach to the concept of barriers to entry”, *European Competition Law Review*, vol. 3, 2006.
- HERVEY, T. & KENNER, J. (eds.), *Economic and social rights under the EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2003.
- HOWARTH, D., y MCMAHON, K., “Windows has performed and illegal operation: the Court of First Instance’s judgment in Microsoft v. Commission”, *European Competition Law Review*, vol. 29, nº 2, 2008.
- JACOBSON, J. M., “Exclusive dealing, ‘forclosure’ and consumer harm”, *Antitrust Law Journal*, vol. 73, 2006.
- JONES, A. y SUFRIN, B., *EU Competition Law, Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 2011.
- KALLAUGHER, J. y SHER, B., “Rebates revisited: anticompetition effects and exclusionary abuse under article 82”, *European Competition Law Review*, vol. 25, 2004.
- KATE A. y NEILS, G., “On the rationality of predatory pricing: the debate between Chicago and Post-Chicago”, *Antitrust Bulletin*, vol. 1, 2002.

- KELLERBAUER, M., “The Commission’s new enforcement priorities in applying article 82 EC to dominant companies’ exclusionary conduct: a shift towards a more economic approach?”, *European Competition Law Review*, vol. 31, n° 5, 2010.
- KLOOSERHUIS, E., “Joint dominance and the interaction between firms”, *European Competition Law Review*, vol. 22, 2001.
- KOKKORIS, I., “Failing firm defence in the European Union: A panacea for mergers?”, *European Competition Law Review*, vol. 27, n° 9, 2006.
- KORAH, V., “Compagnie Maritime Belge : collective dominant position and exclusionary pricing”, en DONY, M. (dir.), *Mélanges en hommage de Michel Waelbroeck*, Bruylant, 1999.
- KOVAR, R., “Droit communautaire et service public : esprit d’orthodoxie ou pensée laïcisée”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, n° 2, 1996.
 — “La peau de chagrin: ou comment le droit communautaire opère la réduction des monopoles publics”, *Europe*, n° 7, 1992.
 — “La Cour de justice et les entreprises chargées de la gestion des services d’intérêt économique général : un pas dans le bon sens vers une dérégulation réglée”, *Europe*, n° 6, 1994.
- LYONS, B., “The paradox of the exclusion of exploitative abuse”, en SWEDISH COMPETITION AUTHORITY, *The Pros and Cons of High Prices*, 2007.
- LORENZ, M., LUBBIG, M., y RUSSEL, A., “Price discrimination, a tender story”, *European Competition Law Review*, vol. 26, n° 6, 2005.
- LOWE, P., “Competition policy y the global economic crisis”, *Competition Policy International*, vol. 5, n° 2, 2009.
- LOEWENTHAL, P-J., “The defence of ‘objective justification’ in the application of article 82 EC”, *World Competition*, vol. 28, n° 4, 2005.
- LUJA, R., “State aid and the financial crisis: overview of the crisis framework”, *European State Aid Law Quarterly*, vol. 8, n° 2, 2009.

- MADURO, M., *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Hart Publishing, 1996.
- MAILLO-GONZÁLEZ-ORÚS, J., “Article 86 EC”, en AMATO, G. y EHLERMANN, C. D., *EC Competition Law, A Critical Assesment*, Hart Publishing, 2007.
 — “Servicios de interés general y artículo 86 del Tratado CE: una visión evolutiva”, Documento de Trabajo del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo CEU, nº 1, 2005.
- MALARTE, E., “Intervención de los Estados miembros y Derecho europeo de las ayudas públicas: Estado y mercado en la crisis económica”, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 14, 2010.
- MEROLA, M. e IBÁÑEZ COLOMO, P., “State Aids in the banking and finance sectors”, *Concurrences*, nº 1, 2007.
- MESTMÄCKER y VEELEKN, “Section 37, paragraph 8”, en IMMEGA y MESTMÄCKER (eds.), *Wettbewerbsrecht*, vol. 2, 2007.
- MOLONEY, N., “The European Securities y Markets Authority y Institutional Design for the EU Financial Market – A Tale de Two Competences: Part (1) Rule-Making”, *European Business Law Review*, 2011.
- MONNET, J., *Mémoires*, Fayard, 1976.
- MONTI, G., “The scope of collective dominance under article 82”, *Common Market Law Review*, vol. 38, 2011.
- MONTI, M., “Libéralisation des services publics et croissance économique dans l’Union européenne”, *Revue du Droit de l’Union Européenne*, nº 2, 2000.
- MORAL SORIANO, M., “How proportionate should anti-competitive State intervention be?”, *European Law Review*, nº 5, 2003.
- MOTTA, M., *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004.
- MÜLLER, U. y RODENHAUSEN, A., “The rise and fall of the essential facility doctrine”, *European Competition Law Review*, vol. 29, nº 5, 2008.

- MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio público y mercado*, vol. I (Los fundamentos), Civitas, 1998.
- MUYSSERT, P., “Price discrimination – An unreliable indicator of market power”, *European Competition Law Review*, vol. 25, nº 6, 2004.
- NALEBLUFF, B., “Bundling as an entry barrier”, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 119, 2004.
- NAZZINI, R., “The wood began to move: an essay on consumer welfare, evidence and burden of proof in article 82 EC cases”, *European Law Review*, vol. 31, 2006.
- NICOLAIDES, P., “Rescue and Restructuring Aid: A brief Assessment of the Principal provisions of the guidelines”, *European State Aid Law Quarterly*, vol. 4, nº 1, 2004.
- ORDOVER, R., y SALONEN, R., “Predation, monopolisation and antitrust” en SCHMALENSEE, R., y WILLIG, R., *The Handbook of Industrial Organisation*, North-Holland, 1989.
- ORTEGA BUENO, R. y ORTEGA FERNÁNDEZ, R., “La sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Preussen Elektra: la necesidad de una interpretación en función de los efectos en materia de ayudas públicas”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 222, 2002.
- ORTIZ BLANCO, L., *Market power in EU Antitrust Law*, Hart Publishing, 2012.
- PAIS ANTUNES, L. M., “L’article 90 du Traité CEE – Obligations des États Membres et pouvoirs de la Commission”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, vol. 27, nº 2, 1991.
- PAGE, W. H., “Ideological conflict and the origins of antitrust policy”, *Tulane Law Review*, vol. 66, 1991.
- PETIT, N., *Oligopolies, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence*, Bruylant, 2007.

- “From formalism to effects? – The Commission’s Communication on enforcement priorities in applying article 82 EC”, *World Competition*, vol. 32, 2009.
- POSNER, R., “The social costs of monopoly and regulation”, *Journal of Political Economy*, vol. 83, 1975.
- *Antitrust Law: an economic perspective*, University of Chicago Press, 1976.
- “The Chicago school of antitrust analysis”, *University of Pennsylvania Law Review*, 1979.
- RAKOVSKY, C., “Services publics et concurrence”, *Revue des affaires européennes*, n° 2, 1994.
- RAPP, R., “Predatory pricing and entry deterring strategies: the economics of AKZO”, *European Competition Law Review*, vol. 6, n° 7, 1986
- “Predatory Pricing Analysis: A Practical Synthesis”, *Antitrust Law Journal*, vol. 59, n° 2, 1990.
- “La politique de libéralisation des services en Europe, entre service public et service universel”, *Revue du marché commun et de l’Union européenne*, n° 389, 1995.
- REYNOLDS, M., MACRORY, S., y CHOWDHURY, M., “EU competition policy in the financial crisis: extraordinary measures”, *Fordham International Law Journal*, vol. 33, 2010.
- RIDYARD, D., “Economic analysis of single firm and oligopolistic dominance”, *European Competition Law Review*, vol. 15, n° 5 1994.
- “Exclusionary pricing and price discrimination abuses under article 82 – An economic analysis”, *European Competition Law Review*, vol. 23, n° 6, 2002, p. 286.
- “Tying and bundling – Cause of complaint?”, *European Competition Law Review*, vol. 26, n° 6, 2005.
- RIPERT, G., *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Comares, 2001.

- RITTER, L. y BRAUN, W. D., *European Competition Law: A practitioner's guide*, Kluwer, 2005.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., “Los monopolios de Estado”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J. y MUÑOZ MACHADO, S. (dirs.), *Tratado de Derecho comunitario europeo*, Civitas, 1986.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A., “Las acciones de oro, el derecho de sociedades y el mercado interior. Reflexiones a propósito de la STJUE sobre la Ley Volkswagen”, *La Ley*, nº 8, 2009.
- “Rescate de entidades financieras y ayudas estatales. Una necesaria relectura del caso Crédit Lyonnais a la luz de la actual crisis mundial”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 117, 2009, pp. 141-191.
- ROSS, M., “Article 16 EC and services of general interest: from derogation to obligation”, *European Law Review*, 2000.
- “State aids: maturing into a constitutional problem”, *Yearbook de European Law*, nº 13, 1995.
- ROUSSEVA, E., “Objective justification and article 82 EC in the era of modernisation” en AMATO, G. y EHLERMANN, C-D. (eds.), *EC Competition Law: a critical assessment*, Hart Publishing, 2007.
- SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A., *Banca pública y mercado: implicaciones jurídicos-públicas de la paridad de trato*, Instituto de Administración Pública, 2000.
- SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Cizur Menor, vol. I., 2012.
- SAUTER, W., “Services of general economic interest and universal service in EU Law”, *European Law Review*, vol. 33, nº 2, 2008.
- SCHODERMEIER, M., “Collective dominante revisited: an analysis of the EC Commission's new concepts of oligopoly control”, *European Competition Law Review*, vol. 11, nº 1, 1990.

- SCHWARCZ, S. L., “Systemic Risk”, *Georgetown Law Journal*, vol. 97, nº 1, 2008.
- SHER, B., “Price discounts and Michelin II: what goes around comes around”, *European Competition Law Review*, vol. 23, nº 10, 2002.
- SIGNES DE MESA, J. I., “Liberalización de monopolios públicos: un balance (a propósito de la jurisprudencia del TJCE)”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 262, 2006.
- “Instituciones financieras y derecho de la competencia en el contexto actual de crisis”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 115, 2009.
- SENKOVIC, P., “The ECB Response to the financial markets crisis”, 7th experts’ forum on new developments in European State Aid Law Quarterly Institute, 14 y 15 de mayo de 2009, Bruselas.
- SINNAEVE, A., “State aid control: objectives and procedures”, en NICOLAIDES, P. y BILAL, S. (eds.), *Understanding State aid policy in the European Community*, Institute Européene d’Administration publique, 1999.
- SLOTBOOM, M., “State aid in Community Law: a broad or narrow definition”, *European Law Review*, nº 20, 1995.
- SNYDER, F., “Ideologies of Competition in European Community Law”, *The Modern Law Review*, vol. 52, 1989.
- SOLTÉSZ, U., “« Fast track » state aid investigations in times of financial crisis”, *Belgian Competition Journal*, 2008.
- SCHERER, F. M., “Predatory pricing and the Sherman Act: a comment”, *Harvard Law Review*, vol. 89, 1976.
- SPECTOR, D., “Position dominante collective: du bon usage des critères Airtours”, *Concurrences*, nº 1, 2007.
- STOTHERS, M., “Refusal to supply as abuse of a dominant position: essential facilities in the European Union”, *European Competition Law Review*, vol. 22, nº 7, 2001.

- SUBIOTTO, R., “The Right to Deal with Whom One Pleases under EEC Competition Law – A Small Contribution to a Necessary Debate”, *European Competition Law Review*, vol. 13, nº 6, 1992.
- SUBIOTTO, R., y O’DONOGHUE, R., “Defining the scope of the duty of dominant firms to deal with existing customers under article 82”, *European Competition Law Review*, vol. 24, nº 12, 2003.
- TAPIA A., “Fusiones y OPAs tranfronterizas”, Aranzadi, 2007.
 - “El sistema europeo de supervisión financiera”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 121, 2011.
- TAYLOR, J., “The output effects of government sponsored cartels Turing the New Deal”, *Journal of Industrial Economics*, vol. 50, 2002.
- TEMPLE LANG, J., “Monopolisation and the definition of abuse of a dominant position under article 86 EEC Treaty”, *Common Market Law Review*, vol. 16, 1979.
 - “Defining legitimate competition: companies’ duties to supply competitors and access to essential facilities”, *Fordham Internacional Law Journal*, vol. 18, 1994.
 - “Privatisation of social welfare: European Union competition law rules”, en DOUGAN, M. y SPAVENTA, E. (eds.), *Social Welfare and EU Law*, Hart Publishing, 2005.
- TOFT, T. “Latest developments in EC competition law”, EU-China workshop on the abuse of dominant market position in China, enero 2009.
- TURNBULL, S., “Barriers to entry, article 86 and the abuse of a dominant position: an economic critique of European Community Competition Law”, *European Competition Law Review*, vol. 17, nº 2, 1996.
- URÍA, R., *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, 1994.
- URÍA, F., “Crisis financiera, mecanismos de apoyo a las entidades de crédito en dificultades y derecho de la competencia, Estabilidad Financiera”, Banco de España, nº 18, 2009.

- VAN BEKKUM, J., KLOOSTERMAN, J. y WINTER, J., “Golden share and European Company Law: the implications of Volkswagen”, *European Company Law*, vol. 5, nº 1, 2008.
 - VAN DER WOUDE, M., “Article 90: Competing for competence”, *European Law Review*, vol. 16, 1992.
 - VELASCO SAN PEDRO, L. A., “Las barreras de entrada y su relevancia para el Derecho de la competencia”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, nº 6, 2010.
- Derecho europeo de la competencia: antitrust e intervenciones públicas*, Iustel, 2005.
- VELASCO SAN PEDRO, L. A. y HERRERO SUÁREZ, C., “Vinculación y negativa a contratar. Reflexiones en torno al caso Microsoft: sentencia del TPI de 17 de septiembre de 2007”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, nº 2, 2008.
 - VENIT, J., “Article 82: the last frontier – fighting fire with fire”, *Fordham International Law Journal*, vol. 28, 2005.
 - VERRUCOLI, P. (ed.): *La nozione d'impresa nell'ordinamento comunitario*, Dott. A. Giuffrè Editore, 1977.
 - VILLAR PALASÍ, J. L., *Concesiones administrativas*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, vol. V.
 - VINCENT CHULIÁ, F., “Poderes públicos y Derecho de la Competencia”, *Revista General de Derecho*, abril de 1993.
 - VOGELENZANG, P., “Abuse of a dominant position in article 82: the problem of causality and some applications”, *Common Market Law Review*, vol. 13, 1976.
 - WAELEBROECK, M. y FRIGNANI, A., *European Competition Law*, Ardsley.
 - WAELEBROECK, D., “Michelin II: A per-se rule against rebates by dominant companies?”, *Journal of competition law and economics*, vol. 1, 2005.

- WAELBROECK, D., e IBAÑEZ COLOMO, P., “Case C-171/05 P, Laurent Piau”, *Common Market Law Review*, vol. 43, nº 6, 2006.
- WALTER, M. y FLORIAN, P., “Standard merger control or a special case?”, *Concurrences*, vol. 2, 2010.
- WASCHMANN, A. y BERROD, F., “Les critères de justification des monopoles: un premier bilan après l’affaire Corbeau”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, nº 1, 1994.
- WERNER, P. y MAIER, M., “Procedure in Crisis? Overview and Assesment of the Commission’s State Aid Procedure during the current crisis”, *European State Aid Law Quarterly*, vol. 8, nº 2, 2009.
- WHISH, R., *Competition Law*, Oxford University Press, 2009.
— “Collective dominance” en O’KEEFE, D. y BAVASSO, A. (eds.), *Judicial Review in European Union Law*, Kluwer, 2000.
- WHISH, R. y SUFRIN, B., “Oligopolistic markets and EC Competition Law”, *Yearbook of European Law*, vol. 12, 1992
- WIELAND, J., “Der Wandel von Verwaltungsaufgaben als Folge der Postprivatisierung”, *Die Verwaltung*, 1995.
- WILLIAMS JR., G. M., “Rescuing companies/Fixing systems”, 7th experts' forum on new developments in European State aid Law 2009, *European State Aid Law Quarterly Institute*, 14 y 15 de mayo 2009, Bruselas.
- WILLIAMSON, O., “Predatory pricing: a strategic and welfare analysis”, *Yale Law Journal*, vol. 87, 1977.
- WINTER, J., “Golden share and European Company Law: the implications of Volkswagen”, *European Company Law*, vol. 5, nº 1, 2008.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

—Tribunal de Justicia y Tribunal General—

(A) Sentencias y autos

- STJUE de 18 de febrero de 1960, *Steenkolenmijnen in Limburg c. Alta Autoridad*, 30/59, Rec. 1961 p. 1.
- STJUE de 15 julio 1963, *Plaumann c. Commission*, 25/62, Rec. 1963 p. 197.
- STJUE de 14 de julio de 1971, *Ministerio público luxemburgués c. Madeleine Muler, Veuve J.P. Hein y otros*, 10/71, Rec. 1971 p. 723.
- STJUE de 21 de febrero de 1973, *Europemballage y Continental Can c. Comisión*, 6/72, Rec. 1973 p. 21.
- STJUE de 6 de marzo de 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano y Commercial Solvents c. Comisión*, 6/73 y 7/73, Rec. 1974 p. 223.
- STJUE de 21 de marzo de 1974, *BRT y Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs*, 127/73, Rec. 1974 p. 313.
- STJUE de 27 de marzo de 1974, *BRT y Sociedad belga de autores compositores y editores c. SV SABAM y NV Fonior*, 127/73, Rec. 1974 p. 51.
- STJUE de 30 de abril de 1974, *Giussepe Sacchi*, 155/73, Rec. 1974 p. 409.
- STJUE de 13 de noviembre de 1975, *General Motors Continental c. Comisión*, 26/75, Rec. 1975 p. 1367.
- STJUE de 16 de diciembre de 1975, *Suiker Unie e.a. c. Comisión*, 40/73 à 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. 1975 p. 1663.

- STJUE de 24 de enero de 1978, *Países Bajos c. Van Tiggele*, 82/77, Rec. 1978 p. 25.
- STJUE de 14 de febrero de 1978, *United Brands y United Brands Continentaal c. Comisión*, 27/76, Rec. 1978 p. 207.
- STJUE de 29 de junio de 1978, *Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij e.a. c. Comisión*, 77/77, Rec. 1978 p. 1513.
- STJUE de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche c. Comisión*, 85/76, Rec. 1979 p. 461, apart. 38.
- STJUE de 31 de mayo de 1979, *Hugin Kassaregister y Hugin Cash Registers c. Comisión*, 22/78, Rec. 1979 p. 1869.
- STJUE de 23 de octubre de 1997, *Comisión c. Países Bajos*, C-157/94, Rec. 1997 p. I-5699.
- STJUE de 16 de noviembre de 1977, *GB-Inno-BM*, 13/77, Rec. 1977 p. 2115.
- STJUE de 27 de marzo de 1980, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Denkavit*, 61/79, Rec. 1980 p. 1205.
- STJUE de 6 de julio de 1982, *Francia, Italia y Reino Unido c. Comisión*, 188/80 a 190/88, Rec. 1982 p. 2545.
- STJUE de 10 de marzo de 1983, *Syndicat national des fabricants raffineurs d'huile de graissage y otros c. Groupement d'intérêt économique «Interhuiles»*, 172/82, Rec. 1983 p. 555.
- STJUE de 9 de noviembre de 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Comisión*, 322/81, Rec. 1983 p. 3461.
- STJUE de 14 de noviembre de 1984, *NV Intermills c. Comisión*, 323/82, Rec. 1984 p. 3809.
- STJUE de 30 de enero de 1985, *Comisión c. Francia*, 290/83, Rec. 1985 p. 439.
- STJUE de 28 de marzo de 1985, *CICCE c. Comisión*, 298/83, Rec. 1985 p. 1105.
- STJUE de 3 de octubre de 1985, *CBEM*, 311/84, Rec. 1985 p. 3261.

- STJUE de 10 de julio de 1986, *Bégica c. Comisión*, 234/84, Rec. 1986 p. 2263.
- STJUE de 11 de noviembre de 1986, *British Leyland c. Comisión*, 226/84, Rec. 1986 p. 3263.
- STJUE de 16 de junio de 1987, *Comisión c. Italie*, 118/85, Rec. 1987 p. 2599.
- STJUE de 1 de octubre de 1987, *van Vlaamse Reisbureaus*, 311/85, Rec. 1987 p. 3801.
- STJUE de 4 de mayo de 1988, *Bodson c. Pompes Fúnebres*, 30/87, Rec. 1988 p. 2479.
- STJUE de 21 de septiembre de 1988, *Van Eycke*, 267/86, Rec. 1988 p. 4769.
- STJUE de 27 de septiembre de 1988, *Bélgica c. Humbel y Edel*, asunto 263/86, Rec. 1988 p. 5365.
- STJUE de 5 de octubre de 1988, *Alsatel*, 247/86, Rec. 1988 p. 5987.
- STJUE de 5 de octubre de 1988, *CIRCA y Maxicar*, 53/87, Rec. 1988 p. 6039.
- STJUE du 5 octobre 1988, *Volvo*, 238/87, Rec. 1988 p. 6211
- STJUE de 13 de julio de 1989, *Lucazeau e.a.*, 110/88, 241/88 y 242/88, Rec. 1989 p. 2811.
- STJUE de 14 de febrero de 1990, *Francia c. Comisión*, C-301/87, Rec. 1990 p. I-307.
- STJUE de 21 de marzo de 1990, *Bélgica c. Comisión*, C-142/87, Rec. 1990 p. I-959.
- STJUE de 19 de marzo de 1991, *Francia c. Comisión*, C-202/88, Rec. 1991 p. I-1223, § 11.
- STJUE de 21 de marzo de 1991, *Italia c. Comisión*, C-303/88, Rec. 1991 p. I-1433.
- STJUE de 21 de marzo de 1991, *Italia c. Comisión*, C-305/89, Rec. 1991 p. I-1603.

- STJUE de 23 de abril de 1991, *Höfner c. Macotron GmbH*, C-41/90, Rec. 1991 p. I-1979.
- STJUE de 28 de junio de 1991, *ERT c. Dimotiki Etarrilla Pliroforissis*, C-260/89, Rec. 1991 p. I-2925.
- STJUE de 3 de julio de 1991, *AKZO c. Comisión*, C-62/86, Rec. 1991 p. I-3359.
- STG de 10 de julio de 1991, *RTE c. Comisión*, T-69/89, Rec. 1991 p. II-485.
- STJUE de 10 de diciembre de 1991, *Merci convenzionali porto di Genova SpA c. Siderurgica Gabrielli SpA*, C-179/90, Rec. 1991 p. I-5889.
- STG de 12 de diciembre de 1991, *Hilti c. Comisión*, T-30/89, Rec. 1990 p. II-163.
- STJUE de 13 de diciembre de 1991, *Régie des télégraphes et des téléphones c. GB-Inno-BM*, 18/88, Rec. 1991 p. I-5941.
- STG de 10 de marzo de 1992, *SIV e.a. c. Comisión*, T-68/89, T-77/89 et T-78/89.
- STJUE de 17 de noviembre de 1992, *España c. Comisión*, C-271/90, C-281/90 y C-289/90, Rec. 1992 p. I-5833.
- STJUE de 17 de febrero de 1993, *Poucet c. Assurances Générales de France*, C-159/91 y C-160/91, Rec. 1993 p. I-637.
- STJUE de 17 de marzo de 1993, *Sloman Neptum c. Bodo Ziesemer*, C-72/91 y C-73/91, Rec. 1993 p. I-887.
- STG de 1 de abril de 1993, *BPB Industries y British Gypsum c. Comisión*, T-65/89, Rec. 1993 p. II-389.
- STJUE de 3 de mayo de 1993, *Ladbroke Racing LTD c. Comisión*, C-424/92, Rec. 1993 p. I-2213.
- STJUE de 19 de mayo de 1993, *Procedimiento penal entablado contra Corbeau*, C-320/91, Rec. 1993 p. I-2533.
- STJUE de 17 de noviembre de 1993, *Meng*, C-2/91, Rec. 1993 p. I-5751.
- STJUE de 17 de noviembre de 1993, *Reiff*, C-185/91, Rec. 1993 p. I-5801.

- STJUE de 30 de noviembre de 1993, *Kirsammer-Hack c. Sidal*, C-189/91, Rec. 1993 p. I-6185.
- STJUE de 27 de octubre de 1993, *Decoster*, C-69/91, Rec. 1993 p. I-5335.
- STJUE de 7 de diciembre de 1993, *Wirth c. Landeshauptstadt Hannover*, C-109/92, Rec. 1993 p. I-6447.
- STJUE de 19 de enero de 1994, *SAT c. Eurocontrol*, C-364/92, Rec. 1994 p. I-43.
- STJUE de 15 de marzo de 1994, *Banco Exterior de España c. Ayuntamiento de Valencia*, C-387/92, Rec. 1994 p. I-877.
- STJUE de 27 de abril de 1994, *Ayuntamiento de Almelo c. NV energiebedrijf Ifsselmij*, C-393/92, Rec. 1994 p. I-1477.
- STJUE de 14 de septiembre de 1994, *España c. Comisión*, C-278, C-279 y C-280/92, Rec. 1994 p. I-4103.
- STJUE de 5 de octubre de 1994, *Société civile agricole du centre d'insémination de Crespelle c. coopérative d'élevage et d'insémination artificielle du département de Mayenne*, C-323/93, Rec. 1994 p. I-5077.
- STG de 6 de octubre de 1994, *Tetra Pak c. Comisión*, T-83/91, Rec. 1994 p. II-755.
- STJUE de 6 de abril de 1995, *BPB Industries y British Gypsum c. Comisión*, C-310/93 P, Rec. 1995 p. I-865.
- STJUE de 6 de abril de 1995, *RTE y ITP c. Comisión*, C-241/91 P y C-242/91 P, Rec. 1995 p. I-743.
- STG de 29 de junio de 1995, *Solvay c. Comisión*, T-30/91, Rec. 1995 p. II-1775.
- STJUE de 17 de octubre de 1995, *DIP e.a.*, C-140/94 a C-142/94, Rec. 1995 p. I-3257.
- STG de 8 de octubre de 1996, *Compagnie maritime belge transports e.a./Commission*, T-24/93 à T-26/93 y T-28/93, Rec. 1996 p. II-1201.

- STJUE de 14 de noviembre de 1996, *Tetra Pak c. Comisión*, C-333/94 P, Rec. 1996 p. I-5951.
- STJUE de 12 de diciembre de 1996, *British Telecommunications plc.*, C-302/94, Rec. 1996 p. I-6417.
- STG de 12 de junio de 1997, *Tiercé Ladbroke c. Comisión*, T-504/93, Rec. 1997 p. II-923.
- STG de 19 de junio de 1997, *Air Inter c. Comisión*, T-260/94, Rec. 1997 p. II-997.
- STJUE de 17 de julio de 1997, *GT-Link A/S c. De Danske Statsbaner (DSB)*, C-242/95.
- STG de 21 de octubre de 1997, *Deutsche Bahn c. Comisión*, T-229/94, Rec. 1997.
- STJUE de 23 de octubre de 1997, *Comisión c. Países Bajos*, asunto 157/94, Rec. 1997 p. I-5699.
- STJUE de 11 de diciembre de 1997, *Job Centre*, C-55/96, Rec. 1997 p. I-7119.
- STJUE de 31 de marzo de 1998, *France e.a. c. Comisión*, C-68/94 et C-30/95, Rec. 1998 p. I-1375.
- STJUE de 7 de mayo de 1998, *Viscido c. Poste Italiane*, C-52/97, C-53/97 y C-54/97, Rec. 1998 p. I-2629.
- STJUE de 25 de junio de 1998, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorf BV e.a. c. Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke, Ordening en Milieubehheer*, C-203/96, Rec. 1998 p. I-4075.
- STG de 15 de septiembre de 1998, *European Night Services e.a. c. Comisión*, T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, Rec. 1998 p. II-3141.
- STJUE de 26 noviembre de 1998, *Bronner*, C-7/97, Rec. 1998 p. I-7791.
- ATJUE de 27 de abril de 1999, *Deutsche Bahn c. Comisión*, C-436/97 P, Rec. 1999 p. I-2387.
- STJUE de 17 de junio de 1999, *Bélgica c. Comisión*, C-75/97, Rec. 1999 p. I-3671.

- STJUE de 17 de junio de 1999, *Piaggio*, C-295/97, Rec. 1999 p. I-3735.
- STG de 8 de julio de 1999, *Vlaamse Televisie Maatschappij NV contre Comisión*, T-266/97, Rec. 1999 p. II-2329.
- STG de 7 de octubre de 1999, *Irish Sugar c. Comisión*, T-228/97, Rec. 1999 p. II-2969.
- STG de 15 de diciembre de 1999, *Fresitaat Sachsen and Volskwagen AG c. Comisión*, T-132/96 y T-143/96, Rec. 1999 p. II-3663.
- STJUE de 10 de febrero de 2000, *Deutsche Post c. Gesellschaft für Zahlungssysteme mbH et Citicorp Kartenservice GmbH*, C-147/97 y C-148/97, Rec. 2000 p. I-825.
- STJUE de 16 de marzo de 2000, *Compagnie maritime belge transports e.a. c. Comisión*, C-395/96 P y C-396/96 P.
- STJUE de 23 de mayo de 2000, *Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) c. Københavns Kommune*, C-209/98, Rec. 2000 p. I-3743.
- STG de 15 de junio de 2000, *Alzetta e.a. c. Comisión*, T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 a T-607/97, T-1/98, T-3/98 a T-6/98 y T-23/98, Rec. 2000 p. II-2319.
- STG de 12 de diciembre de 2000, *Aéroports de Paris c. Comisión*, T-128/98, Rec. 2000 p. II-3929.
- STG de 12 de diciembre de 2000, *Alitalia c. Comisión*, T-296/97, Rec. 2000 p. II-3871.
- STJUE de 13 de marzo de 2001, *Preussen Elektra*, C-379/98, Rec. 2001 p. I-2099.
- STJUE de 29 de marzo de 2001, *Portugal c. Comisión*, C-163/99, Rec. p. I-2613.
- STJUE de 19 de mayo de 2001, *TNT Traco SpA contre Poste Italiane SpA et autres*, C-340/99, Rec. 2001 p. I-4109.
- ATJUE de 10 de julio de 2001, *Irish Sugar c. Comisión*, C-497/99 P, Rec. 2001 p. I-5333

- STJUE de 20 de septiembre de 2001, *Banks*, C-390/98, Rec. 2001 p. I-6117.
- STJUE de 25 de octubre de 2001, *Firma Ambulanz Gloöckner c. Landkreis Südwetspfalz*, C-475/99, Rec. 2001 p. I-8089.
- STJUE de 8 de noviembre de 2001, *Adria-Wien Pipeline GmbH y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH c. Finanzlandesdirektion für Kärnten*, C-143/99, Rec. 2001 p. I-8365.
- STJUE de 22 de noviembre de 2001, *Ferring*, C-53/00, Rec. 2001 p. I-9067.
- STJUE de 22 de enero de 2002, *Cisal di Battistello Venancio c. INAIL*, ^{C-218/00}, Rec. 2002 p. I-691.
- STJUE de 16 de mayo de 2002, *Francia c. Comisión (Stardust Marine)*, C-482/99, Rec. 2002 p. I-4397.
- STG de 6 de junio de 2002, *Airtours c. Comisión*, T-342/99, Rec. 2002 p. II-2585.
- STJUE de 3 de julio de 2003, *Bélgica c. Comisión*, C-457/00, Rec. 2003 p. I-6931.
- STJUE de 24 de julio de 2003, *Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg*, C-280/00, Rec. 2003 p. I-7747.
- STG de 30 de septiembre de 2003, *Michelin c. Comisión*, T-203/01, Rec. 2003 p. II-4071.
- STG de 23 de octubre de 2003, *Van den Bergh Foods c. Comisión*, T-65/98, Rec. 2003 p. II-4653.
- STJUE de 20 de noviembre de 2003, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie v GEMO SA*, C-126/01, Rec. 2003 p. I-13769.
- STJUE de 27 de noviembre de 2003, *Enirisorse SpA c. Ministero delle Finanze*, C-34/01 a C-38/01, Rec. 2003 p. I-14243.
- STG de 17 de diciembre de 2003, *British Airways c. Comisión*, T-219/99, Rec. 2003 p. II-5917.
- STJUE de 29 de abril de 2004, *IMS Health*, C-418/01, Rec. 2004 p. I-5039.

- STJUE de 15 de julio de 2004, *Pearle*, C-345/02, Rec. 2004 p. I-7139.
- STG de 26 de enero de 2005, *Piau c. Comisión*, T-193/02, Rec. 2005 p. II-209.
- STJUE de 15 de diciembre de 2005, *Unicredito Italiano*, C-148/04, Rec. 2005 p. I-11137.
- ATJUE de 28 de septiembre de 2006, *Unilever Bestfoods c. Comisión*, C-552/03 P, Rec. 2006 p. I-9091.
- STG de 30 de enero de 2007, *France Telecom. c. Comisión*, T-340/03, Rec. 2007 p. II-107.
- STJUE de 29 de noviembre de 2007, *Comisión c. Alemania*, C-404/05, Rec. 2007 p. I-10239.
- STG de 17 de septiembre de 2007, *Microsoft c. Comisión*, T-201/04, Rec. 2007 p. II-3601.
- STG de 10 de abril de 2008, *Deutsche Telekom c. Comisión*, T-271/03, Rec. 2008 p. II-477.
- STJUE de 16 de septiembre de 2008, *Sot. Lélos kai Sia*, C-468/06 à C-478/06, Rec. 2008 p. I-7139.
- STJUE de 2 de abril de 2009, *France Telecom. c. Comisión*, C-202/07 P, Rec. 2009 p. I-2369.
- STJUE de 10 de septiembre de 2009, *Akzo Nobel e.a. c. Comisión*, C-97/08 P, Rec. 2009 p. I-8237.

(B) Conclusiones de Abogado General

- Conclusiones de 4 de mayo de 1982 del Abogado General Sr. Reischl para la STJUE de 6 de julio de 1982, *Francia, Italia y Reino Unido c. Comisión*, C-188/80 a C-190/88, Rec. 1982 p. 2545.

- Conclusiones de 4 de noviembre de 1986 del Abogado General Sr. Mischo para la STJUE de 16 de junio de 1987, *Comisión c. Italie*, 118/85, Rec. 1987 p. 2599.
- Conclusiones de 28 de abril de 1988 del Abogado General Sr. Lenz para la STJUE de 11 de abril de 1989, *Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro*, 66/86, Rec. 1989 p. 803.
- Conclusiones de 13 de febrero de 1990 del Abogado General Sr. Tesauró para la STJUE de 19 de marzo de 1991, *Francia c. Comisión*, C-202/88, Rec. 1991 p. I-1223.
- Conclusiones de 19 de marzo de 1991 del Abogado general Sr. Van Gerven para la STJUE de 10 de diciembre de 1991, *Merci convenzionali porto di Genova SpA c. Siderurgica Gabrielli SpA*, C-179/90, Rec. 1991 p. I-5889.
- Conclusiones de 28 de mayo de 1998 del Abogado General Sr. Jacobs para la STJUE de 26 de noviembre de 1998, *Oscar Bronner*, C-7/97, Rec. 1998 p. I-7791.
- Conclusiones de 29 de octubre de 1998 del Abogado General Sr. Fennelly para la STJUE de 16 de marzo de 2000, *Compagnie maritime belge transports e.a. c. Comisión*, C-395/96 P y C-396/96 P, precitada, apart. 137.
- Conclusiones de 19 de octubre 2000 del Abogado General Sr. Mischo en la STJUE de 29 de marzo de 2001, *Portugal c. Comisión*, C-163/99, Rec. p. I-2613.
- Conclusiones de 30 de abril de 2002 del Abogado General Sr. Jacobs para la STJUE de 20 de noviembre de 2003, *GEMO SA*, C-126/01, Rec. 2003 p. I-13769.
- Conclusiones de 7 de noviembre de 2002 del Abogado General Sr. Stix-Hackl para la STJUE de 27 de noviembre de 2003, *Enirisorse SpA c. Ministero delle Finanze*, C-34/01 a C-38/01, Rec. 2003 p. I-14243.
- Conclusiones de 14 de enero de 2003 del Sr. Abogado General Léger para la STJUE de *Altmark*, C-280/00, Rec. 2003 p. I-7747.
- Conclusiones de 28 de octubre de 2004 del Abogado General Sr. Jacobs para la STJUE de 31 de mayo de 2005, *Syfait e.a.*, C-53/03, Rec. 2005 p. I-4609.

- Conclusiones de 23 febrero 2006 del Abogado General Sra Kokott para la STJUE de 15 de marzo de 2007, *British Airways c. Comisión*, C-95/04 P, Rec. 2007 p. I-2331.

JURISPRUDENCIA VARIA

- Supreme Court of the US, *United States v. General Dynamics*, 415 U. S. 486 (1974)
- Supreme Court of the US, *Citizen Publishing Co v. United States*, 394 U. S. 131, 138-139 (1969).
- UK Competition Appeal Tribunal, *Merger Action Group v. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, CAT 36, judgement at 83 (2008).

LEGISLACIÓN

ACTOS NORMATIVOS DE LAS INSTITUCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA

—Decisiones, directivas, recomendaciones, reglamentos, resoluciones y otros—

(A) Decisiones

- Decisión de la Comisión de 23 de julio de 1968 relativa a las ayudas a la exportación francesas destinadas a remediar sus desequilibrios en la balanza de pagos derivados de los sucesos de mayo de 1968 (DO L 178, p. 15).
- Decisión de 19 de diciembre de 1974, IV/28 851—General Motors Continental (DO L 29, p. 14).
- Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 1975, 76/353 – Chiquita (DO L 95, p. 1).
- Decisión de 19 de abril de 1977, IV/28.841—ABG/Oil companies operating in the Netherlands (DO L 117, p. 1).
- Decisión de la Comisión de 8 de diciembre de 1977, IV/29.132—Hugin/Liptons (DO L 22, p. 23).
- Decisión de 7 de octubre de 1981, IV/29.491—Bandengroothandel Frieschebrug BV/NV Nederlandsche Banden-Industria Michelin (DO L 353, p. 33).
- Decisión 82/371/CEE de la Comisión de 17 de diciembre de 1981 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado de la CEE (DO L 167, p. 39).
- Decisión 85/276/CEE de la Comisión de 24 de abril de 1985 relativa al seguro en Grecia de los bienes públicos y de los créditos concedidos por los bancos públicos helénicos (DO L 152, p. 25).
- Decisión de la Comisión de 7 de octubre de 1987 (DO L 76, p.18).

- Decisión de la Comisión de 22 de diciembre de 1987, IV/30.787 y 31.488 — Eurofix-Bauco c. Hilti (DO L 65, p. 19).
- Decisión de la Comisión de 18 de julio de 1988, IV/30.178 Napier Brown — British Sugar (DO L 284, p. 41).
- Decisión 91/50/CEE de la Comisión de 16 de enero de 1991 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (DO L 28, p. 32).
- Decisión de 24 de julio de 1991 de la Comisión, IV/31.043—Tetra Pak II (DO L 72, p. 1).
- Decisión 92/163/CEE de la Comisión, de 24 de julio de 1991, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 106 TFUE (IV/31.043 – Tetra Pak II, DO 1992, L 72, p. 1), apart. 116.
- Decisión de la Comisión de 15 de octubre de 1991 en el Aerospatiale-Alenia/de Havilland (DO L 334, p. 42).
- Decisión de 26 de febrero de 1992 de la Comisión, IV/33.544-British Midland/Aer Lingus (DO L 96, p. 34).
- Decisiones de la Comisión de 14 de diciembre de 1993 en el asunto Kali&Salz/Mitteldeutsche Kali/ Treuhad (DO L 186, p. 38).
- Decisión 94/119/CE de la Comisión de 21 de diciembre de 1993 relativa a la negativa de acceso a las instalaciones del puerto de Rodby (DO L 55, p 5).
- Decisión de 28 de junio de 1995, British Midland/Régie de voies aériennes (DO L 216, p. 8).
- Decisión de la Comisión de 26 de julio de 1995 por la que se aprobó condicionalmente la ayuda concedida por Francia al Banco *Crédit Lyonnais* (DO L 308, p. 92).
- Decisión de la Comisión de 4 de diciembre de 1996 en el asunto Saint-Gobain/Wacker-Chemir/NOM (DO L 247, p. 1).

- Decisión 97/606/CE de la Comisión de 26 de junio de 1997 con arreglo al apartado 3 del artículo 90 del Tratado CE relativa al derecho exclusivo de emitir publicidad televisada en Flandes (DO L 244, p. 18).
- Decisión de la Comisión de 18 de febrero de 1998 en el asunto Samsung – AST (DO L 225, p. 12).
- Decisión de la Comisión de 11 de marzo de 1998, IV/34.073, IV/34.395 y IV/35.436 – Van den Bergh Foods Limited, (DO L 246, p. 1).
- Decisión de la Comisión de 11 de junio de 1998, IV/35.613 — Alpha Flight Services/Aéroports de Paris (DO L 230, p. 10).
- Decisión de la Comisión de 27 de mayo de 1998 en el asunto Beterlsmann/Kirch/Premiere (DO L 53, p. 1).
- Decisión de la Comisión de 16 de septiembre de 1998, Trans-Atlantic Conference Agreement (TACA), DO L 95, p. 1.
- Decisión de la Comisión de 10 de febrero de 1999 en el A. P. Møller (DO L 183, p. 29).
- Decisión de la Comisión de 3 de febrero de 1999 en el asunto REWE/Meinl (DO L 274, p. 1).
- Decisión de la Comisión de 20 de Julio de 1999 en el asunto IV/36.888, Copa del Mundo de Fútbol 1998 (DO L 5, p. 55).
- Decisión de 20 de junio de 2001, COMP/E-2/36.041/PO—Michelin (DO L 143, p. 1).
- Decisión de la Comisión de 11 de julio de 2001 en el asunto BASF/Eurodiol/Pantochim (DO L 132, p. 45).
- Decisión de la Comisión de 5 de septiembre de 2002 en el asunto Ernst&Young Francia/Andersen Francia (no publicado).
- Decisión de la Comisión de 20 de septiembre de 2002 en el asunto Deloitte&Touche/Andersen (UK) (DO C 200, p. 8)

- Decisión de la Comisión de 2 de abril de 2003 en el asunto NewsCorp/Telepiu (DO L 110, p. 73).
- Decisión 2003/706/CE de la Comisión de 23 de abril de 2003 relativa a los regímenes de ayuda aplicados por Alemania - Regímenes de garantía del Estado federado de Brandeburgo de 1991 y 1994 (DO L 263, p. 1).
- Decisión de 16 de julio de 2003, COMP/38.233—Wanadoo Interactive.
- Decisión de la Comisión de 16 de diciembre de 2003 relativa al régimen de garantía para la financiación de buques de Alemania (DO C 62, p. 3).
- Decisión de 24 de marzo de 2004, COMP/C-3/37.792—Microsoft (versión sumaria, DO L 32, p. 23).
- Decisión de 2 de junio de 2004, COMP/38.096—Clearstream (DO C 165, p. 5).
- Decisión 2006/599/CE de la Comisión, de 6 de abril de 2005 relativa al régimen de ayudas estatales que Italia tiene previsto ejecutar en favor del crédito naval (DO L 244, p. 17).
- Decisión de la Comisión de 22 de junio de 2005, COMP/A.39.116/B2 — Coca-Cola (DO L 253, p. 21).
- Decisión 2005/842/CE, de la Comisión de 28 de noviembre de 2005 relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 86, apartado 2 del Tratado CE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (DO L 312, p. 67).
- Decisión de 4 de julio de 2007, COMP/38.784—Wanadoo España c. Telefónica (versión sumaria, DO C 83, p. 6)
- Decisión de la Comisión de 3 de septiembre de 2007 en el asunto Fortis –ABN Amro assets (DO C 265, p. 2).
- Decisión de la Comisión de 17 de octubre de 2007 en el asunto Fortis/ABN Amro (DO C 265, p.2).

- Decisión de 5 de diciembre de 2007 en el asunto Northern Rock, C(2007) 6127 final.
- Decisión de 30 de abril de 2008 en el asunto WestLB riskshield, C(2008) 1628 final.
- Decisión de 4 de junio de 2008 en el asunto Ayuda a la reestructuración de Sachsen LB, C(2008)2269 final.
- Decisión de 31 de julio de 2008 en el asunto Roskilde Bank, C(2008) 4138.
- Decisión de 1 de octubre de 2008 en el asunto Ayuda de rescate a *Bradfor&Bingley*, C(2008) 5673 final.
- Decisión de la Comisión de 15 de septiembre de 2008 en el asunto Santander/Alliance&Leicester.
- Decisión de 2 de octubre de 2008 en el asunto Ayuda de rescate a Hypo Real Estate.
- Decisión de la Comisión de 3 de diciembre de 2008 en el asunto BNP Paribas/Fortis (DO C 7, p. 4).
- Decisión de la Comisión de 4 de diciembre de 2008 en el asunto Bank of America/Merrill Lynch (DO C 293, p. 14).
- Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 2008 en el asunto Santander/Bradford&Bringley Assets (DO C 7, p. 4).
- Decisión de 13 de mayo de 2009, COMP/37.990—Intel (versión sumaria, DO C 227, p. 13).
- Decisión de la Comisión de 14 de mayo de 2009 en el asunto SoFFin/Hypo Real Estate (DO C 147, p. 8).
- Decisión de 10 de junio de 2009 en el asunto Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône (DO C 267, p. 71).
- Decisión de la Comisión de 23 de julio de 2010 en el asunto Spain, Extension of the recapitalisation measures in favour of the banking sector in Spain.

(B) Directivas

- Directiva 80/723/CEE de 25 de junio de 1980 relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas (DO L 195, p. 35), modificada por la Directiva 85/413/CEE de la Comisión de 24 de julio de 1985 (DO L 229, p. 20).
- Directiva 88/301/CEE de la Comisión de 16 de mayo de 1988 relativa a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones (DO L 131, p. 73).
- Directiva 90/388/CEE de la Comisión de 28 de junio de 1990 relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones (DO L 192, p. 10).
- Directiva 93/84/CEE de la Comisión de 30 de septiembre de 1993 (DO L 254, p. 16).
- Directiva 94/76/CE de la Comisión de 13 de octubre de 1994 por la que se modifican las Directivas 88/301/CEE y 90/388/CEE especialmente en relación con las comunicaciones por satélite (DO L 268, p. 15).
- Directiva 2000/52/CE de la Comisión, de 26 de julio de 2000 (DO L 193, p. 75).
- Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (DO L 108, p.1).
- Directiva 2006/111/CE de la Comisión de 16 de noviembre de 2006 relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas (DO L 318, p. 17).

(C) Recomendaciones

- Recomendaciones del Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo de 20 de octubre de 2008 “Las garantías concedidas por los gobiernos sobre deuda bancaria”.

(D) Reglamentos

- Reglamento (CE) nº 1466/97 del Consejo de 7 de julio de 1997 relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas (DO L 209, p.1).
- Reglamento (CE) nº 659/1999 del Consejo de 22 de marzo de 1999 por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 TFUE (DO L 83, p. 1).
- Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO L 24, p. 1).
- Reglamento (CE) nº 1998/2006 de la Comisión de 15 de diciembre de 2006 relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a las ayudas de minimis (DO L 379, p. 5).

(E) Resoluciones del Consejo Europeo

- Resolución del Consejo Europeo sobre el Pacto de estabilidad y crecimiento (DO C 236, p. 1).

(F) Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo

- Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo, de 26 y 27 de junio de 1995.
- Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de 15 y 16 de octubre de 2008.
- Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de 11 y 12 de diciembre de 2008.
- Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de 19 y 20 de marzo de 2009.
- Conclusiones del Consejo de la Unión Europea, Asuntos Económicos y Financieros, Luxemburgo, 7 de octubre de 2008.
- Conclusiones del Consejo de la Unión Europea, Asuntos Económicos y Financieros, de 2 de diciembre de 2008.

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

- Ley 24/1998, de 28 de julio, del mercado de valores
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
- Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito (BOE 155, Sec. I, de 27.06.2009, p. 53194), modificado por Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo (BOE 89, Sec. I, de 13.04.2010. p. 32863) y por el Real Decreto-Ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero.
- Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorro.

COMUNICACIONES E INFORMES ADOPTADOS POR LA COMISIÓN EUROPEA

(A) Comunicaciones de la Comisión

- Comunicación de la Comisión de 26 de septiembre de 1996 sobre los Servicios de interés general en Europa (DO C 281, p.3).
- Comunicación de la Comisión de 19 de enero de 2001 sobre los Servicios de Interés General en Europa (DO C 17, p. 4).
- Comunicación de la Comisión de 12 de mayo de 2004, « Libro Blanco sobre los servicios de interés general », COM (2004) 374.
- Comunicación de la Comisión de 7 de junio de 2005, « Plan de acción de ayudas estatales – Menos ayudas estatales con unos objetivos mejor definidos: programa de estudio para la reforma de las ayudas estatales 2005 – 2009 », COM(2005) 107 final.
- Comunicación de la Comisión de 20 de noviembre de 2007, « Servicios de interés general, incluidos los sociales: Un nuevo compromiso europeo», COM (2007) 724 final.
- Comunicación de la Comisión de 20 de junio 2008 relativa a la aplicación de los artículos 87 y 88 TFUE a las ayudas estatales otorgadas en forma de garantía (DO C 155, p. 2).
- Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2008 relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas adoptadas en relación con las instituciones financieras en el contexto de la actual crisis financiera mundial (DO C 270, p. 8).
- Comunicación de la Comisión de 22 de octubre de 2008 relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) nº 802/2004 de la Comisión (DO C 267, p. 1).

- Comunicación de la Comisión de 29 de octubre de 2008, « From financial crisis to recovery: A European framework for action », COM(2008) 706 final.
- Comunicación de la Comisión de 26 de noviembre de 2008, « Un plan europeo de recuperación económica », COM(2008), 800 final.
- Comunicación de la Comisión de 5 de diciembre de 2008 sobre la recapitalización de las instituciones financieras en la crisis actual: limitación de las ayudas al mínimo necesario y salvaguardias contra los falseamientos indebidos de la competencia (DO C 10, p. 2).
- Comunicación de la Comisión de 17 de diciembre de 2008, « Marco temporal aplicable a las medidas de ayuda estatal para facilitar el acceso a la financiación en el actual contexto de crisis económica y financiera » (DO C 83, p. 1).
- Comunicación de la Comisión de 25 de febrero de 2009, « Responding to the crisis in the European automotive industry », COM(2009) 104 final.
- Comunicación de la Comisión de 25 de febrero de 2009 relativa a la aplicación de la normativa sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales (DO C 85, pp.1-22).
- Comunicación de la Comisión de 25 de febrero de 2009 sobre el tratamiento de los activos cuyo valor ha sufrido un deterioro en el sector bancario de la Unión (DO C 72, p. 1).
- Comunicación de la Comisión de 4 de marzo de 2009, « Driving European recovery », COM(2009) 114 final.
- Comunicación de la Comisión de 27 de mayo de 2009, « Supervisión financiera europea », COM(2009) 252 final.
- Comunicación de la Comisión de 23 de julio de 2009 sobre la recuperación de la viabilidad y la evaluación de las medidas de reestructuración en el sector financiero en la crisis actual con arreglo a las normas sobre ayudas estatales (DO C 195, p. 9).

- Comunicación de la Comisión de 14 de octubre 2009 al Parlamento Europeo y al Consejo, « Sostenibilidad a largo plazo de las finanzas públicas en un contexto de recuperación de la economía », COM(2009) 545 final.
- Comunicación de la Comisión de 3 de diciembre de 2008 – Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 TFUE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (DO C 45, p. 2).
- Comunicación de la Comisión de 17 de diciembre de 2009 relativo al marco temporal comunitario aplicable a las medidas de ayuda estatal para facilitar el acceso a la financiación en el actual contexto de crisis económica y financiera (DO C 10, p. 2).
- Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de los artículo 92 y 93 TFUE a las empresas públicas que operan en el sector de la fabricación (DO C 240, p. 36).

(B) Informes

- XXV Informe de la Comisión sobre la política de competencia en 1995.
- XXVII Informe de la Comisión sobre la política de competencia en 1997.
- Informe de la Comisión de 8 de abril de 2009, “Cuadro de indicadores – Actualización de Primavera 2009”, COM(2009) 164.
- Informe de la Comisión de 1 de diciembre de 2010, “Marcador de ayudas estatales – Informe sobre las ayudas estatales concedidas por los Estados miembros de la UE – Actualización de otoño de 2010”, COM(2010) 701 final.

PUBLICACIONES VARIAS

- COMMITTEE OF EUROPEAN BANKING SUPERVISORS (CEBS), “Analysis of the supervisory implications of the national plans for the stabilization of markets”, febrero de 2009.
- EUROPEAN CENTRAL BANK, “EU Banking Structures”, septiembre 2010.
- EUROPEAN COMMISSION, “DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses”, diciembre de 2005.
- EUROPEAN COMMISSION, “Economic crisis in Europe: causes, consequences and responses “, *Economic and Financial Affairs*, European Economy, nº 7, 2009.
- EUROPEAN COMMISSION, “DG Competition’s review of guarantee and recapitalisation schemes in the financial sector in the current crisis”, 7 de agosto de 2009.
- EUROPEAN COMMISSION, “Facts and figures on State aid in the Member State accompanying the report of the Commission State Aid Scoreboard – Autumn 2010 update “, SEC(2010) 1462 final, 1 de diciembre de 2010.
- OCDE Report, “Competition and financial markets – Key Findings”, 2009.
- OFFICE OF FAIR TRADING (UK), “Restatement of OFT's position regarding acquisitions of 'failing firms'”, nº 1047, diciembre 2008.

ARTÍCULOS DE PRENSA

- CINCO DÍAS, “Morgan Stanley y Goldman Sachs obtiene ficha de banca comercial”, martes 23 de septiembre de 2008.
- THE ECONOMIST, “Call it Off”, 8 de noviembre de 2008.
- THE ECONOMIST, “Three trillion dollars later”, 16 de mayo de 2009.
- THE GUARDIAN, “HBOS Takeover Fails to End global panic on final markets”, 26 de septiembre de 2008.

DISCURSOS

- ALMUNIA, J., “State aid rules can help Europe exit crisis”, 10 de junio de 2010, European State Aid Law Institut.
- ALMUNIA, J., “Financial stability, a level playing field in Europe and a healthier financial sector: the role of competition policy”, 4 de noviembre de 2010, European Banking Federation.
- ALMUNIA, J., “State aid: Commission prolongs crisis framework with stricter conditions – trend towards less y better targeted aid continues despite crisis-related spike”, 1 de diciembre de 2010, European Commission.
- KROES N., “Competition policy and the financial/banking crisis: taking action”, 6 de octubre de 2008, European Commission.
- KROES, N., “Dealing with the current financial crisis”, 6 de octubre de 2008, Comité de Asuntos Económicos y Monetarios del Parlamento Europeo.
- KROES, N., “In defense of competition policy”, 13 de octubre de 2008, Brussels Conference on Competition policy, growth and consumer purchasing power.
- KROES, N., “Many achievements, more to do”, 12 de marzo de 2009, Brussels International Bar Association.
- KROES, N., “Competition, the crisis and the road to recovery”, 30 de marzo de 2009, Address at the Economic Club of Toronto, Toronto.
- VARNEY, C. A., “Vigorous antitrust enforcement in this challenging era”, 12 de mayo de 2009, U. S. Chamber de Commerce.
